



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Programa de Doctorado
DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Título de la Tesis Doctoral

LA NECESIDAD DE CONTROLES DE LEGALIDAD ADECUADOS A LOS
ACTOS DEL CONSEJO DE SEGURIDAD ANTE SU INCURSIÓN EN LOS
PROCESOS DE PRODUCCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Doctorando

JUAN ANTONIO FRANCO VALDEZ

Directora de la Tesis

DRA. JESSICA MARÍA ALMQVIST

(Universidad Autónoma de Madrid)

Madrid, 2017

A mi esposa Belinda, mi compañera y razón de vida.

A mis padres Minerva y Juan Antonio por todo su cariño y apoyo, por fomentar en mí siempre el deseo de aprender.

A mis hermanos Patricia, Rebeca y Juan Pablo con todo mi cariño.

A Patricia Gutiérrez, mi amiga incondicional y mi fortaleza a lo largo de los años.

Al Dr. Vladimir Aguilar y la Dra. Linda María Bustillos, mis compañeros y amigos, en agradecimiento por su apoyo y solidaridad.

A la Dra. Jessica Almqvist, por la confianza depositada en mí, en agradecimiento a todas sus enseñanzas, con todo mi respeto y admiración.

ÍNDICE

Abreviaturas y Siglas	6
Introducción	10
I. Primera Parte. Evolución en los Procesos de Producción Normativa en el Derecho Internacional: El Ascenso de las Organizaciones Internacionales como Autoridades Internacionales.....	27
1. El Rol Cambiante del Estado en la Producción Normativa.....	29
1.1 La Perspectiva Tradicional: El Consentimiento como Base Normativa.....	30
1.2 La Perspectiva Contemporánea: El Surgimiento de Formas No Consensuales de Derecho Internacional.....	39
1.2.1 El Surgimiento de las Normas Imperativas de Derecho Internacional como Indicio de la Erosión del Consentimiento	40
1.2.2 El Papel de la Costumbre Internacional en el Voluntarismo Moderno.....	48
1.2.3 La Globalización como Desafío al Consentimiento	54
1.3 La Delegación Internacional: El Repliegue del Estado Nación y la Erosión de Soberanía.....	59
1.3.1 El Traslado de Competencias Estatales por Medio de la Delegación Internacional	60
1.3.2 La Erosión de la Soberanía y el Desglose del Estado Nación.....	64
2. Las Organizaciones Internacionales: De Foros Interestatales a Agentes Normativos dentro de un Esquema Constitucionalista Internacional Imperfecto	74
2.1 El Creciente Protagonismo de las Organizaciones Internacionales como Agentes de Producción Normativa.....	75
2.1.1 El Estiramiento de la Analogía Federal: Perversión del Término “Legislación Internacional”	77
2.1.2 El Consejo de Seguridad: ¿Legislatura Auto-Designada de la Comunidad Internacional?	90
2.2 El Constitucionalismo como Esquema para el Control de las Organizaciones Internacionales.....	98
2.2.1 La Carta de las Naciones Unidas como Constitución de la Comunidad Internacional	104
2.2.2 La Constitucionalización del Derecho Internacional bajo un Sistema Universal de Valores.....	108
2.2.3 Las Organizaciones Internacionales como Autoridades Protectoras de los Bienes Públicos Globales.....	116
2.3 El Derecho Administrativo Global como Alternativa al Constitucionalismo	123

3.	Desmintiendo la Analogía Federal: Dificultades para la Adopción de Nuevos Enfoques	134
3.1	Limitantes al Constitucionalismo Internacional.....	135
3.1.1	Limitantes al Constitucionalismo de Valores: ¿Un Sistema Universal o Relativo?	135
3.1.2	Limitantes de la Carta de las Naciones Unidas como Constitución de la Comunidad Internacional: ¿Crisis Constitucional en la ONU?.....	146
3.2	Constitucionalismo Sin Constitución: Los Límites al Derecho Administrativo Global	153
3.3	Limitantes Inherentes del Sistema Internacional para la Consolidación de Enfoques Centralizados del Derecho Internacional.....	157
3.3.1	Limitantes al Control de las Organizaciones Internacionales ¿Quién Controla a Quién?	158
3.3.2	La Fragmentación del Derecho Internacional: Especialización contra Centralización	162
II.	Segunda Parte: El Rol del Consejo de Seguridad en la Producción Normativa Internacional: El Desarrollo de Competencias Legislativas y los Límites a su Ejercicio.....	171
4.	De la Parálisis Funcional a la Adopción de Resoluciones Atípicas: El Camino hacia el Periodo Legislativo en la Práctica del Consejo de Seguridad.....	172
4.1	¿Policía Mundial o Legislatura en Reposo? Razón de Ser y Práctica Durante la Guerra Fría.....	173
4.1.1	Los Poderes Atribuidos: Incapacidad Convencional para Legislar	174
4.1.2	De Corea a Sudáfrica: El Exiguo y Errático Inicio de la Práctica del Consejo de Seguridad.....	189
4.2	El Trasplante del Acto Legislativo al Plano Normativo Internacional.....	198
4.3	La Expansión Competencial del Consejo de Seguridad con Posterioridad a la Guerra Fría.....	216
4.3.1	La Resolución 687 (1991): El Inicio de la Originalidad Creativa	222
4.3.2	La Creación de Tribunales Penales Internacionales ad hoc: Un grado más en la Concepción Positiva del Mantenimiento y Restauración de la Paz Internacional.....	234
4.3.3	El Incidente de Lockerbie: Un Cambio Paradigmático en la Estrategia de Lucha contra el Terrorismo.....	244
4.3.4	El Régimen de Sanciones 1267: Antesala de las Resoluciones Legislativas	251
5.	Aplicación y Posible Control de las Resoluciones Legislativas al Ámbito de la Lucha Global contra el Terrorismo	263
5.1	Evolución del Régimen 1267: La Necesidad de Control Evidenciada.....	265
5.2	Los Límites a la Acción Legislativa del Consejo de Seguridad	278

5.2.1 Los Límites a la Expansión Competencial del Consejo de Seguridad a la Luz de la Doctrina de los Poderes Implícitos.....	286
5.2.2 El Principio de Proporcionalidad como Límite a la Expansión Competencial	296
5.2.3 La Interpretación Sistémica de la Carta de las Naciones Unidas como Límite a la Expansión Competencial	300
5.2.4 Las Normas Imperativas de Derecho Internacional y los Derechos Humanos como Límites a los Actos del Consejo de Seguridad	313
5.2.5 La Posible Modificación de la Carta de las Naciones Unidas a través de la Costumbre Internacional.....	319
6. La No Idoneidad del Consejo de Seguridad como Legislatura Internacional.....	331
6.1 La Estructura del Consejo de Seguridad y el Peso de la Opinión Pública: Los Límites Histórico Políticos a su Expansión Competencial.....	332
6.2 La Relativa Efectividad de las Resoluciones Legislativas: Factor de no Idoneidad para el Ejercicio de Competencias Legislativas	336
6.3 Redefiniendo la Expansión Competencial: Propuestas de Reestructuración al Ejercicio de Poderes Legislativos.....	358
III. Tercera Parte. El Control Indirecto de las Resoluciones Legislativas del Consejo de Seguridad por parte de la Comunidad Global de Tribunales	368
7. La Necesidad de Controles de Legalidad tras la Titularización Global del Terrorismo .	383
7.1 De las Sanciones Comprensivas a las Sanciones Selectivas: ¿Hacia una Mayor Protección de los Derechos Humanos?.....	383
7.2 La ONU como Sujeto Obligado al Cumplimiento de los Derechos Humanos	392
8. De un Modelo de Revisión Judicial Incidental a un Modelo de Revisión Judicial Expresiva: El Potencial de la Corte Internacional de Justicia como Tribunal Constitucional	414
8.1 La Inferencia de un Tenue Control de Legalidad en la ONU	418
8.2 Más allá de la Confirmación de Legalidad: El Potencial de la Facultad de Revisión ...	428
8.2.1 El Desarrollo de la Revisión Judicial por medio de Opiniones Consultivas: La Etapa de la Cooperación.....	428
8.2.2 El Desarrollo de la Revisión Judicial por medio de la Jurisdicción Contenciosa...	437
8.3 La Relevancia de Lockerbie en el Proceso de Constitucionalización.....	445
8.3.1 El Caso Lockerbie como Reafirmación de la Relación entre la Corte Internacional de Justicia y el Consejo de Seguridad.....	446
8.3.2 Los Límites Inherentes a la Revisión Judicial.....	455
8.3.3 Hacia un Modelo de Revisión Judicial Expresiva	469
9. La Revisión Judicial Expresiva en torno a un Modelo de Constitucionalismo Internacional Imperfecto	485
9.1 Derribando las Barreras Conceptuales: La Aparente Imposibilidad de Revisar Judicialmente las Resoluciones del Consejo de Seguridad	494

9.1.1 El Desconcierto Inicial producto de la Expansión Competencial del Consejo de Seguridad.....	500
9.1.2 Entre la Atribución y la Inmunidad: ¿Hacia un Modelo de Cooperación Incondicional?	515
9.1.2 Delimitación de la Obligación de Cooperar a través de la Revisión Judicial Expresiva	532
9.2 Entre la Deferencia y la Rebeldía: El Camino hacia la Revisión Judicial Indirecta de las Resoluciones Legislativas para la Lucha contra el Terrorismo	550
9.2.1 Kadi 2005: ¿La Unión Europea como Agente de Naciones Unidas?	553
9.2.2 OMPI: Bifurcación momentánea en la Protección de los Derechos Humanos dentro de la Unión Europea	574
9.2.3 Kadi 2008: Entre la Afirmación Constitucional Europea y el Desapego a la ONU	582
9.2.4 Los Derechos Humanos como Límites Efectivos de las Resoluciones Legislativas	602
9.3 Del Constitucionalismo Europeo al Constitucionalismo Coordinado: Efectos de la Revisión Judicial Expresiva	622
9.3.1 La Extrapolación Internacional del Principio Solange	623
9.3.2 Más allá de Kadi: Alcance del Control de Legalidad Indirecto	644
Conclusiones	682
Bibliografía	700

Abreviaturas y Siglas

ACNUR Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

Acuerdo de 1963 Minutas Convenidas entre el Estado de Kuwait y la República de Iraq sobre el Restablecimiento de las Relaciones de Amistad, el Reconocimiento y Asuntos Conexos

ADM Armas de Destrucción Masiva

AEU Agencia Espacial Europea

AIE Agencia Internacional de Energía

AIF Asociación Internacional de Fomento

AGNU Asamblea General de las Naciones Unidas

BM Banco Mundial

BPG Bienes Públicos Globales

CCF Comisión para el Control de Archivos de Interpol

CCT Comité para el Terrorismo instituido mediante la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad

CDDHH Comité para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas

CDFIK Comisión de Demarcación de Frontera entre el Iraq y Kuwait

CDI Comisión de Derecho Internacional

CE Comunidad Europea

CIJ Corte Internacional de Justicia

CINU Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas

CIRFT Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo

Comisión de la UE Comisión de la Unión Europea

CNU Carta de la Organización de las Naciones Unidas

CONKFOR Comandante de la Fuerza de Naciones Unidas en Kosovo

Consejo de la UE Consejo de la Unión Europea

Convención de Montreal Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil de 1971

Convención de Viena Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados de 1969

CPI Corte Penal Internacional

CPJI Corte Permanente de Justicia Internacional

CS Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas

DAG Derecho Administrativo Global

DDHH Derechos Humanos

DIH Derecho Internacional Hegemónico

ECIJ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

ECPI Estatuto de Roma la Corte Penal Internacional de 1998

EEUU Estados Unidos de América

EEIL Estado Islámico de Iraq y Levante

EMNU Estados Miembros de Naciones Unidas

FAN Frente Al-Nusra

FAO Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura

FMI Fondo Monetario Internacional

KFOR Fuerza de las Naciones Unidas en Kosovo

LEA Liga de Estados Árabes

OACI Organización de Aviación Civil Internacional

OCMI Organización Consultiva Marítima Intergubernamental

OI Organización Internacional

OIT Organización Internacional del Trabajo

OMM Organización Meteorológica Mundial

OMP Operaciones para el Mantenimiento de la Paz

OMS Organización Mundial de la Salud

ONG Organización No Gubernamental

ONU Organización de las Naciones Unidas

OTAN Organización del Tratado del Atlántico Norte

OUA Organización para la Unión Africana

SG Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas

TCE Tratado Constitutivo de la Unión Europea

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TG Tribunal General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TJ Tribunal de Justicia TJCE/TJUE

TJCE Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TPIR Tribunal Penal Internacional para Ruanda

UNMIK Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo

TPIY Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

UIT Unión Internacional de Comunicaciones

UE Unión Europea

UNITA Unión Nacional para la Independencia Total de Angola

UNPROFOR Fuerzas de Mantenimiento de paz de la Organización de las Naciones Unidas para Bosnia-Herzegovina

UPU Unión Postal Universal

Introducción

La creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) trajo consigo una importante reestructuración en la sociedad internacional. Dicho reacomodo alcanzó prácticamente todos los ámbitos en que se desenvuelven los actores internacionales, empezando por una redefinición misma del concepto de actor internacional al dar a este órgano un papel preponderante en la organización de dicha sociedad, así como en la creación e implementación de las instituciones jurídicas que la regulan. Sin duda, en cumplimiento de su función primordial de mantener la paz y seguridad internacionales, Naciones Unidas ha contribuido inmensamente a la universalización del Derecho Internacional.

La ONU fue creada uniendo los retazos que quedaron de la fallida Sociedad de Naciones con el fin principal de librar a la humanidad del flagelo de la guerra. Sin embargo, a casi 70 años de su creación la Organización ha crecido no solo cuantitativamente, alcanzando prácticamente una membresía universal, sino también cualitativamente al ser una entidad que ha incursionado en los más diversos campos de las relaciones internacionales redefiniendo el concepto que se tenía en 1945 de la soberanía del Estado. Mediante su tratado fundacional, Naciones Unidas fue dotada de ciertas competencias específicas que, debido a la naturaleza misma de la Organización, han sido reinterpretadas en diversas ocasiones al momento de ser ejercidas, lo cual ha tenido como resultado que dichos poderes no siempre se ajusten estrictamente a la forma prevista en el instrumento básico de la Organización. La ONU se ha convertido en promotor de la creación e identificación de normas de Derecho Internacional, al grado en que se puede afirmar con seguridad que ninguna organización internacional (OI) puede rivalizar con ella en este ámbito. Bien sea sirviendo como foro multilateral para la celebración de tratados, mediante la determinación de una norma consuetudinaria por parte de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), o a través de la emisión de resoluciones consideradas como *soft law* por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), y algunos otros de sus organismos; la ONU ha ganado terreno como facilitador, foro, e iniciador de los procesos de creación normativa del Derecho Internacional que con anterioridad a la proliferación de las OI - proceso en el cual su creación marca un antes y un después-, estuvieron exclusivamente reservados a los Estados.

Ante este fenómeno, el papel de las OI como catalizadores en los procesos de producción normativa del Derecho Internacional ha llevado a la equiparación análoga de estas con las legislaturas internas de los Estados¹. Dicha analogía, atiende más al incremento numérico en la celebración de tratados que se ha dado conjuntamente a la proliferación de estos organismos que a una verdadera igualdad entre las actividades que estas llevan a cabo en comparación con las legislaturas estatales. Si bien las OI han contribuido a la aceleración y diversificación de la generación de normas en el plano internacional, en última instancia, y pese a una constante erosión del concepto de soberanía, son los Estados los que han mantenido el papel preponderante en la creación y modificación de las normas que los obligan. Dicho sea de otro modo, la voluntad de los Estados a obligarse sigue siendo un punto focal en la manera en que estos se relacionan. No obstante, la noción anterior sufre en la actualidad de un importante cambio paradigmático debido a que la expansión competencial de las OI contribuye al aminoramiento de áreas en las relaciones internacionales de exclusivo dominio estatal. Aunado lo anterior, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CS), cuyas resoluciones en virtud del Capítulo VII de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (CNU) poseen características normativas ha dado un paso más al irrumpir en la creación de obligaciones internacionales mediante la adopción de resoluciones con características legislativas.

El mundo ha cambiado considerablemente desde que 51 Estados fundaron la ONU en 1945. Actualmente, el número de Estados Miembros de la Organización alcanza los 193². Paralelamente a este número, se han ido incrementando con el pasar de los años las competencias de sus órganos principales y el número de órganos subsidiarios y agencias, así como los temas sobre los que estas pueden decidir. En este contexto, aquel CS que alguna vez tuvo el rol preponderante de un “policía mundial”, actualmente enfrenta desafíos en el ejercicio de sus funciones que al momento de su creación eran inconcebibles. Consecuentemente, frente a la noción de que el CS solo podía actuar reaccionando ante amenazas concretamente determinadas caso por caso, con posterioridad a los ataques terroristas del 11 de septiembre del 2001 sufridos por los Estados Unidos, ha venido ganando aceptación la idea de que este puede establecer

¹ Oscar Schachter, “The UN Legal Order: An Overview”, en C. Joyner (ed.), *The United Nations and International Law*, (Washington D.C.: American Society of International Law, 1997), p. 3.

² Las Naciones Unidas, <http://www.un.org/es/aboutun/>, recuperado el 3 de mayo de 2013.

obligaciones de carácter general y vigencia indeterminada³. Siendo que la CNU únicamente contempla expresamente el primero de los escenarios descritos –la respuesta ante amenazas concretamente determinadas–, el segundo de ellos –la imposición de obligaciones generales de vigencia indeterminada– no puede considerarse como formalmente reconocido en dicho instrumento. Esta situación, ha propiciado una expansión de los poderes del órgano que pretende justificarse mediante una interpretación amplia de la CNU a luz de la doctrina de los poderes implícitos.

En el ejercicio de sus competencias implícitas el CS ha emitido resoluciones cuyo acomodo en la CNU es por lo menos cuestionable. Mucho se ha escrito ya sobre la manera en que deben interpretarse las acciones del CS a la luz de la CNU. No obstante, la problemática se mantiene vigente y adquiere renovada importancia en un momento histórico en que el alto grado de interdependencia entre los actores internacionales provocado por la globalización genera cambios a una velocidad vertiginosa. De tal manera, en lo que puede describirse como un vaivén entre posturas que defienden la existencia de un constitucionalismo internacional emergente y aquellas que se inclinan por una visión estatocéntrica y todavía descentralizada de las relaciones internacionales, los estudiosos del Derecho Internacional son partícipes de un continuo debate sobre el alcance de las obligaciones de los Estados Miembros de Naciones Unidas (EMNU) con relación a las acciones del CS.

Se observa, que, en tiempos de la pos guerra fría, el CS ha asumido un papel que va mucho más allá de aquel rol inicial que tenía como gendarme mundial. La investigación propuesta pretende abordar específicamente una de las varias facetas en las que el Consejo ha incursionado desde hace relativamente poco tiempo: la de legislador internacional. En la presente investigación se discutirá la emisión de resoluciones por parte de este órgano que mediante la imposición de medidas vinculantes al amparo de las facultades que le confiere el Capítulo VII de la CNU, han conseguido obligar a la totalidad de los Miembros de Naciones Unidas de una forma enteramente original en contraste con los métodos de creación normativa que los Estados de la comunidad internacional han utilizado tradicionalmente y que por ende pudieran calificarse como “legislativas”.

³ Jan Wouters, & Jed Odermatt, “Quis Custodiet Consilium Securitatis? Reflections on the Law Making Powers of the Security Council”, *Leuven Centre for Global Governance Studies Working Paper No. 109*, Junio de 2013, pp. 3-6.

Más allá de determinar la legitimidad y la legalidad de las acciones del CS en este sentido, la presente investigación pretende identificar los efectos de dichas acciones en el Derecho Internacional, así como las consecuencias que tienen o podrían tener en la manera en que se generan obligaciones para los Estados. Si bien existe actualmente un debate al que habremos de sumarnos sobre si el Consejo ha asumido facultades legislativas o no, y sobre si es legítimo que lo haga; lo que este trabajo pretende dilucidar es si paralelamente a los desarrollos que permiten considerar la posibilidad de que el CS efectivamente haya iniciado una faceta legislativa, han surgido mecanismos de control a través de los cuales, pueda modularse la expansión de sus competencias.

Mediante la creación del CS los Estados fundadores de Naciones Unidas y todos aquellos que se han adherido a la Organización con posterioridad, aceptaron a través de una delegación de poderes dotar de grandes facultades discrecionales a los 5 Miembros Permanentes que forman parte de dicho organismo pese a los altos costos que esto significó a sus respectivas soberanías, incluso, pudiéndose sugerir que, a raíz de dicho acto, ocurrió una reconfiguración del Principio de Igualdad Soberana. ¿El ensanchamiento competencial del CS para asumir facultades legislativas está contenido en dicha transferencia de poderes? O, por el contrario, ¿Estamos ante una nueva fuente generadora de obligaciones internacionales invasiva de ámbitos tradicionalmente reservados a los Estados en donde el consentimiento de los mismos es relegado? Al tenor de estas interrogantes, se sugiere que al igual que en el año de 1945 la sociedad internacional está sufriendo cambios paradigmáticos que impactarán sustantivamente la forma en que se crea, interpreta e implementa el Derecho Internacional. No obstante, en esta ocasión no está del todo claro si los Estados consienten dicho cambio, o, si mediante un uso excesivo de sus facultades el CS ha circundado la voluntad de los mismos.

A la par de la incursión del CS en ámbitos para los que dudosamente fue concebida su creación parecen estar emergiendo nuevas formas de control de legalidad a las acciones del órgano más poderoso de cualquier organización internacional del mundo. Ahí donde amplios poderes expresamente atribuidos al Consejo, en conjunción con interpretaciones extensas de los mismos le dotan de una abrumadora libertad para actuar, las operaciones de los tribunales nacionales y regionales surgen como posibles límites a lo que puede considerarse como un uso inadecuado de las facultades del Órgano. En este contexto, habrá de considerarse que las resoluciones con características

legislativas del CS no solamente imponen obligaciones a los Estados, sino a los ciudadanos de los mismos y consecuentemente rozan la esfera de los Derechos Humanos (DDHH). En dicho escenario, los tribunales nacionales y regionales han tenido que irrumpir, si bien de manera indirecta, en la implementación o no de las resoluciones del CS, con el fin de salvaguardar sus respectivos sistemas de protección a los derechos fundamentales.

De tal forma, la incursión del CS en los procesos de producción normativa ha ocasionado solapamientos entre los ordenamientos jurídicos domésticos y el ordenamiento jurídico internacional producto de su irrupción directa en áreas que afectan los DDHH tal como se encuentran consagrados en las constituciones de los Estados, así como en los diversos tratados internacionales en la materia de los que estos son parte. La investigación abordada pretende aportar conclusiones que contribuyan a la caracterización de este innovador –pero controversial- modo de actuar del CS por medio del análisis de la legalidad de las resoluciones producto de dichas acciones. Asimismo, es mi intención identificar y evaluar las reacciones de los EMNU ante esta nueva faceta del CS en la creación de obligaciones internacionales. Dentro de tales reacciones, se encuentran las sentencias de aquellos tribunales regionales y locales que han emitido juicios adversos a las medidas internas de aplicación, a través de las cuales se ejecutan las disposiciones contenidas en las resoluciones del CS.

Con el fin de lograr lo anterior, habremos de partir de la siguiente pregunta: ¿Es posible aplicar controles de legalidad a las resoluciones legislativas del Consejo de Seguridad? Para poder responder a esta interrogante será necesario estructurar la presente tesis doctoral en tres partes mediante las cuales nos ocuparemos de las distintas dimensiones que emergen de la problemática descrita. En la redacción de la primera parte que lleva por título “*Evolución de los Procesos de Producción Normativa en el Derecho Internacional: El Ascenso de las Organizaciones Internacionales como Autoridades Internacionales*” nos ocuparemos principalmente del análisis de la evolución que han experimentado los procesos de producción normativa del Derecho Internacional desde el surgimiento del Estado-Nación moderno hasta nuestros días. Se intentará demostrar que dichos mecanismos se han ido transformando gradualmente de manera en que es posible identificar diferencias significativas entre lo que alguna vez fue una sociedad internacional plenamente regulada con base en la voluntad de los Estados, hasta lo que ahora constituye un escenario indiscutiblemente distinto dentro del

cual pareciera que aquél consentimiento estatal alguna vez primordial cada vez se relativiza más para dar paso a formas no consensuales de generar obligaciones internacionales.

Frente a esta situación, parece importante determinar qué tan deseable es la emergencia del escenario descrito. Por un lado, existe la visión que defiende la existencia de una comunidad internacional –que ya no se compone únicamente de Estados- con intereses afines cuya protección requiere el uso de técnicas no consensuales de obligar a sus miembros en aras de lograr una mayor efectividad. Por otro lado, está el punto de vista que considera que aún son los Estados soberanos los que mantienen la primacía de la creación normativa en el ordenamiento jurídico internacional, situación que debe preservarse si es que quiere lograrse la convivencia pacífica entre ellos. Ambos escenarios son, en mi opinión, dignos de considerarse.

Ciertamente la visión de una comunidad internacional que emerge de lo que alguna vez fue un sistema anárquico en el que imperaba la ley del más fuerte es atractiva. Desde esta trinchera, se defiende el surgimiento de un constitucionalismo internacional justificado por la necesidad de proteger lo que en la actualidad se consideran bienes comunes globales⁴. Sin embargo, los detractores de este tipo de pensamiento advierten sobre la manipulación en la creación de las normas internacionales en provecho de intereses hegemónicos, habiéndose llegado incluso a hablar del surgimiento de un Estado hegemónico global naciente que cambiará la estructura de la sociedad internacional como la conocemos⁵. El contraste entre estas posturas opuestas nos parece pertinente puesto que las resoluciones legislativas del CS constituyen uno de varios ejemplos –quizá el más sólido- de los mecanismos normativos no consensuales nacientes a los que nos hemos referido. Por ende, es importante evaluar el impacto que dichas resoluciones han tenido en tales procesos, así como la posible dirección en que los estén virando.

En este contexto, interesa esclarecer las condiciones en las que ha sido posible la emergencia de los mecanismos no consensuales de producción normativa internacional. De tal suerte, resulta necesario explorar la posibilidad de que la tendencia de alejarse del

⁴ Anne Peters, “Bienes jurídicos globales en un orden mundial constitucionalizado”, en: Carlos Espósito/Francisco J. Garcimartín Alférez (eds.), *La protección de bienes jurídicos globales, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 16* (Madrid: Universidad Autónoma/Boletín Oficial del Estado 2012), pp. 86-88.

⁵ B.S. Chimni, “International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making”, *European Journal of International Law*, vol. 15 n° 1, 2004, pp. 1-37.

consentimiento no sea exclusiva del máximo Órgano político de la ONU, sino que, por el contrario, se encuentren presentes en otro tipo de organismos internacionales. De tal manera, a fin de contextualizar el desarrollo de la faceta legislativa del CS, habremos de adentrarnos en la práctica de distintas OI que realizan funciones de gobernanza internacional. Con esto en mente, trataremos de ilustrar la metamorfosis por la que han atravesado las OI, misma que se observa ha resultado en la transformación del rol que juegan algunas de ellas en la producción de normas internacionales. Con todo, si bien los cambios aludidos no alcanzan la totalidad de la estructura jurídica internacional, se entiende que su versatilidad es tal que permiten afirmar que algunas OI han dejado de ser meros foros interestatales para consolidarse como instituciones o incluso como autoridades internacionales capaces de dictar pautas de comportamiento a los Estados sin que estos lo consientan de manera directa.

En la segunda parte intitulada “*EL Rol del Consejo de Seguridad en la Producción Normativa Internacional: El Desarrollo de Competencias Legislativas y los Límites a su Ejercicio*” se emprenderá un recuento de las prácticas de este organismo haciendo énfasis particular en sus actividades con posterioridad al fin de la guerra fría, poniendo especial atención en sus decisiones relativas a la lucha contra el terrorismo, terreno en el que han surgido la mayoría de sus resoluciones con carácter legislativo. En esta parte, se abordarán las cuestiones de legalidad y legitimidad que surgen debido a la incursión del CS en los procesos de producción normativa del Derecho Internacional. Para cumplir este propósito, será preciso situarnos en el ámbito jurídico de la ONU, específicamente, en aquellas disposiciones pertenecientes al Capítulo VII de la CNU mediante las cuales el CS puede adoptar medidas vinculantes para los EMNU ejerciendo una acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamiento a la paz y seguridad internacionales o actos de agresión.

De particular importancia para efectos de la presente tesis doctoral, son las medidas coercitivas tomadas por el CS en virtud del artículo 41 del Capítulo VII de la CNU. Pese a que durante la época de la guerra fría la utilización de dichas medidas fue escasa, las acciones del CS actuando bajo tales preceptos se convirtieron en algo común a partir de la década de los 1990s. Consecuentemente, no pasaría mucho tiempo para que el Consejo comenzara a emitir resoluciones atípicas cuyo encuadre en la CNU es discutible y por medio de las cuales inició una expansión competencial cuyos límites son objeto de debate hasta la fecha. Mediante la emisión de este tipo de resoluciones el

Consejo llevó a cabo acciones innovadoras como el establecimiento de administraciones territoriales en Timor Oriental y Kosovo, así como la creación de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la Ex Yugoslavia, entre otras⁶.

En este contexto, se ha criticado al órgano en cuanto que ha ejercido competencias que no le están atribuidas en la CNU. Así, el CS ha ido expandiendo su campo de acción hasta el punto en que se afirma que ha llegado a realizar funciones jurisdiccionales y normativas. Es en relación con estas últimas que surgen las resoluciones objeto de la investigación propuesta. Se argumenta, que el CS ha ido extendiendo progresivamente su capacidad normativa hasta el grado de que algunas de sus resoluciones adquieren características que pueden calificarse como “legislativas”. Dicha expansión competencial, se ha realizado a la luz de la doctrina de los poderes implícitos. Dicha doctrina, se asienta sobre el llamado principio de efectividad, mismo que establece que dada la naturaleza especial de los tratados constitutivos, estos deben de interpretarse en función de los fines de la organización, pues de otra forma esta carecería de la efectividad requerida para la consecución de sus objetivos.

Pese a gozar de una amplia aceptación, no puede considerarse que el alcance de la doctrina de los poderes implícitos se encuentre plenamente delimitado. En este contexto, se advierte la presencia de un debate doctrinal de gran trascendencia para la investigación propuesta. Este, se genera por una divergencia de posiciones entorno al verdadero origen de las competencias implícitas que puede llegar a ejercer una OI. Por un lado, se registran posturas que consideran que tales competencias se originan con la adopción del tratado constitutivo de determinada OI, puesto que se consideran inherentes a dichos instrumentos, de forma tal que la organización en cuestión pueda ostentar los poderes requeridos para el cumplimiento adecuado de sus funciones. Por otro lado, se observan opiniones en el sentido de que las competencias implícitas, no obstante a encontrarse latentes en los tratados fundacionales de las OI, deben de ser desarrollados por vía consuetudinaria. Si se aceptase la tesis de que dichos poderes surgen con la adopción misma del tratado constitutivo de la Organización, es decir, que le son inherentes; aquellos que quisieran hacerlo, tendrían un margen muy reducido para oponerse a una aplicación de tales poderes que se considerase excesiva. Después de todo, aunque la parte lesionada argumentase la inconstitucionalidad de la competencia

⁶ Jochen Abraham Frowein, & Nico Krisch, “Article 41”, en Brunno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations A Commentary*, (New York: Oxford University Press, 2010), p. 738.

que le afecta, si se considera que dicha facultad ya se encontraba implícita en el tratado constitutivo de la organización no podría impugnarla puesto que al adherirse a dicho instrumento la habría consentido *a priori*.

Por otro lado, si la determinación y el ejercicio de posibles poderes implícitos contenidos en un tratado constitutivo dependiese de un proceso consuetudinario por medio del cual, tales poderes lleguen a formar parte de las reglas de la Organización, esto supondría que para comprobar la existencia de competencias implícitas sería necesario la realización y consentimiento *a posteriori* de una práctica no contraria al tratado fundacional. En otras palabras, aunque el instrumento básico permita la expansión competencial de la organización, para que esta se materialice como derecho interno de la misma debe pasar por un proceso de producción normativa consuetudinario. En el caso específico del CS, suponer un escenario como el que se describe obliga a consideraciones con respecto a dos cuestiones. Primeramente, resulta necesario verificar si efectivamente, el ejercicio de poderes de naturaleza legislativa de su parte no sea una práctica contraria a la CNU. En segundo término, tomando en cuenta la reciente incursión del Órgano en dichos terrenos, habría de comprobarse si se han conjugado los elementos material y psicológico requeridos para la formación de normas consuetudinarias, durante el tiempo y bajo las circunstancias requeridas que posibiliten verificar la cristalización de una norma que permita al CS el ejercicio de competencias legislativas.

El cambio paradigmático a través del cual el Consejo comienza a ejercer competencias legislativas se da mediante la emisión de la resolución 1373 (2001)⁷ relacionada con el combate al terrorismo adoptada con posterioridad a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos. Subsecuentemente, el CS ha emitido una segunda resolución con características similares a la resolución aludida, específicamente, la resolución 1540 (2004)⁸ relativa a la no proliferación de armas de destrucción masiva (ADM). De acuerdo con José Alvarez⁹ las resoluciones aludidas pretenden obligar a todos los Estados sin limitantes temporales ni geográficas y

⁷ Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 28 de septiembre de 2001.

⁸ Resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 5 de noviembre de 2004.

⁹ José E. Alvarez, "Contemporary International Law: An 'Empire of Law' or the 'Law of Empire'", *American University International Law Review*, vol. 4, n° 5, 2009, p. 825.

por lo tanto pueden ser vistas como un giro legislativo –incluso constitucional- sin precedentes ni justificación en tanto que el CS fue originalmente concebido como garante internacional de la paz y no como legislador internacional. Para el citado autor, las mencionadas resoluciones son producto de la influencia política que los Estados Unidos ejerce sobre el Consejo a través de la cual este Estado ha logrado crear un dispositivo normativo que al menos en materia de seguridad internacional ha sido capaz de sustituir en algunas ocasiones al vehículo por excelencia del interés comunitario –la negociación de un tratado multilateral- por un *legislador* internacional al que no puede exigírsele responsabilidad y el cuál, además, está sujeto a su poder de veto.

Pese a lo anterior, es posible identificar una clara tendencia en el Derecho Internacional que progresa parsimoniosa, pero certeramente, hacia una cultura de responsabilidad de las OI. En este sentido, resulta significativa la relativamente reciente aprobación del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales por parte de la Comisión de Derecho Internacional (CDI)¹⁰ que sin duda refleja la preocupación en ciertos círculos del ámbito internacional por hacer exigible una posible responsabilidad a estas entidades. Por otro lado, es preciso matizar lo anterior y señalar que el mismo proyecto de artículos puede ser también interpretado como un reflejo de la indeterminación de las normas en este ámbito y, por ende, de su ineffectividad. Virginia Gallo¹¹ advierte que, aunque el proyecto de artículos aludido se basa en gran medida en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos¹², ambos textos no comparten el mismo grado de autoridad. La citada autora, considera lo anterior principalmente debido a la escasa práctica en relación con las OI; misma que atribuye a la inmunidad de dichas entidades, la ausencia de foros judiciales con jurisdicción sobre las mismas y la confidencialidad de los medios diplomáticos con que a menudo se resuelven los conflictos en que estos organismos se ven involucrados. En este sentido, es necesario tomar en cuenta que el proyecto de artículos relativo a las OI se estima todavía más como un trabajo de desarrollo progresivo que de codificación y, por ende, su efectividad es todavía

¹⁰ Resolución Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, “Responsabilidad Internacional de las Organizaciones Internacionales”, A/CN.4/L.778, 63º Periodo de Sesiones, 26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011.

¹¹ Virginia Gallo Cobián, “El Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales adoptado por la Comisión de Derecho Internacional: Principales Conclusiones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIV, 2014, pp. 25-27.

¹² Resolución Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, A/Res/56/86, Quincuagésimo Sexto Periodo de Sesiones, 85ª Sesión Plenaria, 12 de diciembre de 2001.

limitada. Finalmente, mientras se coincide con la citada autora en cuanto a que este tipo de trabajos brinda seguridad y certeza jurídica al tiempo que afianza la personalidad jurídica de las OI, se estima que la falta de claridad y efectividad en el ámbito que nos ocupa es uno de los factores que en gran medida ha propiciado el surgimiento de mecanismos alternos de control de legalidad a los actos del CS que constituyen una parte fundamental del presente trabajo.

De tal forma, aunque en la tercera parte de la presente disertación se concentrarán esfuerzos en la detección y análisis de posibles vías de exigir responsabilidad al CS, por ahora, es preciso continuar identificando las resoluciones legislativas de dicha entidad. Conjuntamente a las resoluciones registradas por Alvarez, algunos autores consideran que existen otras redactadas de tal forma que pudiera atribuírseles también características legislativas. Stefan Talmon¹³ identifica como resoluciones legislativas la 1422 (2002)¹⁴ y la 1487 (2003)¹⁵ mediante las cuales el CS solicitó a la Corte Penal Internacional (CPI) no ejercer su jurisdicción con respecto de personal participante en alguna misión establecida o autorizada por la ONU proveniente de un Estado no parte del Estatuto de la Corte. Por su parte, la profesora Soledad Torrecuadrada¹⁶ identifica con características legislativas a la resolución 1624 (2005)¹⁷ que inicia la vía para la persecución de la apología al terrorismo.

Finalmente, al catálogo de resoluciones legislativas puede añadirse la recientemente emitida 2178 (2014)¹⁸ mediante la cual, el CS se ocupa de la propagación del terrorismo a través de quienes intentan viajar para convertirse en combatientes terroristas extranjeros. Esta resolución, resulta trascendente para nuestro estudio en varios niveles. En primer plano, el CS impone la obligación a los EMNU no solo de restringir la entrada a sus territorios a aquellas personas extrañas sospechosas de participar en actividades terroristas; sino también de reprimir y prevenir su reclutamiento, organización, equipamiento y transporte mientras viajan de un Estado a otro. En segundo término, dada su reciente emisión y la materia de la que se ocupa, la resolución

¹³ Stefan Talmon, "The Security Council as World Legislature", *The American Journal of International Law*, vol. 99, n° 1 2005, pp. 177-178.

¹⁴ Resolución 1422 (2002) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 25 de noviembre de 2002.

¹⁵ Resolución 1487 (2003) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 12 de junio de 2003.

¹⁶ Soledad Torrecuadrada García-Lozano, "La Expansión de las Funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Problemas y Posibles Soluciones", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XII, 2012, pp. 382-383.

¹⁷ Resolución 1624 (2005) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 14 de septiembre de 2005.

¹⁸ Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 24 de septiembre de 2014.

en comento pudiera ser considerada indicativa de la intención del CS de seguir legislando, por lo menos en el ámbito de la lucha global de la ONU contra el terrorismo. Como se verá con mayor detenimiento, esta cuestión aparece como una preocupación recurrente en la literatura temprana concerniente a las resoluciones legislativas del CS debido al desconcierto inicial causado por estas. Por último, la resolución 2178 (2014) muestra una clara preocupación por el apego en la consecución de sus fines al Derecho Internacional; específicamente en lo tocante al Derecho Internacional Humanitario y la protección a los DDHH. Llama la atención en cuanto a que, como se verá, el poco interés expuesto por dichos asuntos en la emisión de las primeras resoluciones legislativas del CS ha sido férreamente criticado. En este sentido, la resolución que nos ocupa abre la puerta para preguntarnos si la atención que ahora presta el CS a tales aspectos pudiera ser vista como una respuesta del Órgano a los controles de legalidad indirectos que algunos EMNU han intentado ejercer sobre él.

De tal manera, el objeto de nuestra investigación consiste en dilucidar si de forma paralela a la expansión competencial del CS, han surgido mecanismos de control aptos para modular los efectos de la implementación de sus resoluciones legislativas. Se sugiere, que el Derecho Internacional atraviesa por un proceso de constitucionalización, por medio del cual, entre otras cosas, se procura el control de los actos de las OI. De tal manera, se espera determinar las condiciones en que han surgido tales mecanismos de control, así como el verdadero alcance que pueden llegar a tener. La investigación propuesta se abordará a través del empleo de un enfoque metodológico consistente de dos dimensiones. En primer término, la investigación se realizará a través de una metodología analítico-empírica. Dicho enfoque, permitirá la sistematización y el análisis de los procesos evolutivos que se examinarán a lo largo del estudio. Específicamente, tales procesos son: en primer plano, los procesos evolutivos en el ámbito de la producción normativa internacional; en segundo término, los procesos por medio de los cuales se realiza la expansión competencial del CS; y, en tercer lugar, los procesos que llevan al surgimiento de controles de legalidad a las resoluciones del CS. Asimismo, el objeto de investigación será abordado a través del empleo de un método cualitativo, a través del cual, el empleo de los DDHH como estándar normativo, posibilitará la valoración de las acciones emprendidas por el CS a raíz del inicio del proceso de expansión competencial que culmina con la adopción de resoluciones

legislativas; así como las acciones de aquellos tribunales nacionales y regionales que han emprendido el control de legalidad de tales resoluciones.

De tal suerte, una vez identificados los criterios distintivos de las resoluciones legislativas se tendrá que evaluar si la emisión de este tipo de instrumentos es legal de acuerdo con la CNU. Por ello, será preciso determinar el alcance de las competencias del CS cuando actúa en virtud del Capítulo VII bajo el que fueron fundamentadas las resoluciones que nos ocupan. Por ende, habrán de analizarse las disposiciones contenidas en el referido apartado desde una óptica normativa con el fin de verificar si efectivamente no existe previsión expresa alguna en la CNU que permita al CS emitir resoluciones legislativas. Asimismo, es imperativo examinar las disposiciones aludidas a la luz de la doctrina de los poderes implícitos puesto que se considera que es precisamente una interpretación excesiva de la misma la que ha permitido al CS emitir las resoluciones objeto del presente estudio.

Con independencia de la posible ilegalidad, o no, de las resoluciones legislativas tendremos también que ocuparnos de la identificación de las consecuencias que estas han tenido, pueden tener y es deseable que tengan tanto en el Derecho Internacional como en los distintos ordenamientos domésticos con los que interactúan al ser implementadas. Esto, resulta pertinente en cuanto a que los efectos de la fase legislativa del CS ya pueden resentirse entre los EMNU. Como se mencionaba con anterioridad, la composición del Consejo no es la idónea para realizar actos legislativos y por ello la implementación de los mismos ha resultado en serias dificultades que se manifiestan a través de la incompatibilidad de las medidas comprendidas en las decisiones del CS con las legislaciones internas de los Estados, siendo el ejemplo más palpable la discrepancia en el grado de protección a los DDHH entre ambos niveles. Esta, es la problemática central a tratarse en la tercera parte de la presente disertación que lleva por título “*El Control Indirecto de las Resoluciones del Consejo de Seguridad por Parte la Comunidad Global de Tribunales*”.

Mediante esta sección se tratará de dar respuesta a la cuestión de si es posible o no ejercer un control de legalidad sobre los actos del CS. Como se desarrollará, la falta de un control a las resoluciones del Consejo al nivel de Naciones Unidas ha propiciado que los EMNU se vean constreñidos a activar sus respectivos aparatos jurisdiccionales con el fin de salvaguardar su nivel de protección a los DDHH al momento de transponer las resoluciones del CS relativas al combate al terrorismo. Será necesario considerar que

esta situación se ha desarrollado en medio de un proceso político denominado por la profesora Jessica Almqvist¹⁹ como la “titularización”²⁰ global del terrorismo, noción que la citada autora introduce para capturar las características principales del proceso político internacional puesto en marcha a raíz de los ataques terroristas del 11 de septiembre del 2001 sufridos por los Estados Unidos de América y, que de acuerdo con ella, constituye el origen de los desafíos más significativos para que las personas afectadas por las sanciones del CS tengan acceso a una revisión judicial adecuada.

El problema se materializa debido a la actividad de los tribunales nacionales, regionales e internacionales que han tenido que lidiar con las cuestiones arriba descritas. En el plano internacional, la CIJ ha tenido roces importantes con la actividad del CS que mantienen con vida la posibilidad de un control de legalidad por parte del órgano judicial de la ONU a las decisiones del Consejo. Por su parte, los tribunales nacionales de diversos Estados, así como algunos tribunales regionales –como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)- han emitido sentencias que modulan la implementación de aquello dispuesto por el CS y que pudieran llegar a ser consideradas como actos de desobediencia por parte de los EMNU²¹. Por otra parte, a falta de vías adecuadas en el marco jurídico de la ONU la jurisprudencia emergente de los tribunales domésticos también puede ser vista como un control de legalidad a las acciones del Consejo. No obstante, la reciente utilización de dicho mecanismo también plantea preguntas interesantes por lo que habrá que evaluar los efectos de las mismas. Igualmente, habrá de explorarse la posible existencia de otras rutas en el plano internacional que permitan a los EMNU hacer frente a los posibles excesos del CS sin que medie resolución judicial alguna.

Partiendo desde la noción de que la globalización ha propiciado una creciente interdependencia en los actores de la sociedad internacional, misma que ha favorecido cambios sustanciales en la manera en que estos se relacionan, nos encontramos ante un cruce de caminos en el que los sujetos de Derecho Internacional se esfuerzan por encontrar un balance entre dos objetivos cuya realización parece por momentos exigir el sacrificio de uno en pos del otro: la preservación de la seguridad internacional por un

¹⁹ Jessica Almqvist, “A Human Rights Critique of European Judicial Review: Counter-Terrorism Sanctions”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57 n° 2, 2008, p. 305.

²⁰ Traducción libre del autor.

²¹ Antonios Tzanakopoulos, *Disobeying the Security Council Countermeasures against Wrongful Sanctions* (Oxford: Oxford University Press, 2011), p. 202.

lado, y la protección a los DDHH por otro. De tal manera, estamos ante una situación en donde es necesario considerar ciertas variables que antes parecían exclusivas del plano teórico de una forma mucho más pragmática en tanto que su aplicación parece estar superando en velocidad al surgimiento de las normas que habrán de regularlas.

Entonces, nos vemos obligados a considerar evidencia tangible que sugiere que las OI han iniciado ya una etapa de transformación que pudiera llegar a erradicar la concepción que de ellas se tiene como sujetos secundarios o funcionales de Derecho Internacional. Incluso, hay quienes afirman²² que la ONU ha adquirido ya una suerte de soberanía funcional que le permite operar en ciertos aspectos como un organismo supranacional. Este tipo de pensamiento puede apoyarse en la idea de que ante el cada vez mayor espectro de influencia que tiene la Organización en las más diversas esferas de actividades relevantes para la comunidad internacional ha surgido la necesidad de considerarla como sujeto responsable de sus actos, incluso por separado de los Estados que la conforman. De tal forma, las nociones tradicionales del rol que ocupa la ONU con respecto a los DDHH se han visto alteradas al punto en que no parece ya del todo extraño el considerar a la Organización como posible sujeto violador de derechos fundamentales.

Finalmente, se entiende que los procesos aludidos se han ido desarrollando en un marco de instrumentalización del CS que lejos de fomentar el perfeccionamiento de la noción de comunidad internacional ha contribuido a una centralización en ciertas áreas de la producción normativa internacional que atenta contra los principios y propósitos para los que fue creada la ONU. Si bien se concuerda con que los desafíos en materia de seguridad internacional requieren de estrategias orientadas a lograr una mayor efectividad en cuanto los conductos a utilizar para conseguir su preservación, también se estima que dichas estrategias deben de ser diseñadas en un marco de inclusión de todos los sujetos a los que finalmente afectarán. En otras palabras, el ejercicio de capacidades legislativas por parte del CS que no han sido consentidas por los EMNU conlleva ciertos riesgos que tras la titularización del terrorismo global han sido relativizados o, incluso ignorados.

²² Hoffmann Florian & Frédéric Mégret, "The UN as a Human Rights Violator? Some Reflections on the United Nations Changing Human Rights Responsibility", *Human Rights Quarterly* vol. 25 n° 2, (2003), pp. 339-340.

En primer término, se advierte que el ejercicio de competencias legislativas por parte del CS, conlleva el peligro de producir disrupciones en equilibrio interno de poderes de los Estados, que, en la época actual, se procura mediante la toma de decisiones basada en procesos democráticos. En segundo plano, la percepción del CS como un órgano cuyos actos eluden cualquier control de legalidad, sustentando sobre la doctrina de la cuestión política, resulta preocupante tomando en cuenta que la aplicación de las resoluciones legislativas del Órgano en el ámbito de la lucha contra el terrorismo, implica la ejecución de medidas altamente restrictivas que pueden devengar en violaciones a los DDHH de aquellas personas erróneamente sancionadas. Ante tales circunstancias, la necesidad de desarrollar controles de legalidad a las resoluciones del CS se juzga como imperativa.

I. Primera Parte. Evolución en los Procesos de Producción Normativa en el Derecho Internacional: El Ascenso de las Organizaciones Internacionales como Autoridades Internacionales

El clásico aforismo -Ubi Societas, Ibi Ius- probablemente se encuentra grabado en la mente de todo estudioso del Derecho como una de las primeras verdades inmutables que se aprenden sobre el universo de lo jurídico. Esta breve máxima se ha convertido ya en un lugar común, razón por la cual hemos ponderado la pertinencia de comenzar la presente sección utilizándola. Sin embargo, cómo todos los lugares comunes, la repetición de esta frase hasta convertirse en una especie de fórmula tiene una lógica razón de ser: en el caso particular de este adagio, su sola mención nos remite inmediatamente a consideraciones sobre la naturaleza, características y fines del Derecho. Al considerarlo, se cae en cuenta de que la composición exitosa de cualquier ordenamiento jurídico radica en que ésta debe de ser la adecuada para modular la interacción de los agentes sociales a los que pretende regular. Una vez asimilada esta noción, resulta prácticamente inevitable arribar a la conclusión de que los sistemas jurídicos no sólo surgen en función de las sociedades a las que procuran organizar, sino también como consecuencia de las mismas.

De tal manera, al igual que cualquier ordenamiento jurídico, el sistema internacional ha presentado distintas características a lo largo de su desarrollo que obedecen a las circunstancias particulares según el momento histórico en que se desenvuelve dicho proceso. A raíz de la denominada Paz de Westphalia y de forma paralela al ascenso del Estado-Nación, comienzan a cimentarse los rudimentos de un sistema jurídico internacional que ogaño se ha desarrollado en lo que se conoce como el Derecho Internacional Clásico. Desde *la perspectiva tradicional* asociada con dicho modelo, la voluntad de los Estados para obligarse constituye la base de las normas y obligaciones internacionales. Dicha premisa, otrora incuestionable, enfrenta hoy día un considerable desafío ante la emergencia de un nuevo paradigma normativo, al cual, es posible considerar como la *perspectiva contemporánea* del Derecho Internacional. A través de dicho enfoque, se considera el surgimiento de *formas no consensuales* de Derecho Internacional, ante las cuales, el consentimiento del Estado como base normativa se atenúa considerablemente.

El esquema conceptual aludido, se ha desarrollado principalmente en torno a dos factores. Por un lado, se advierte un cierto repliegue del Estado en la arena normativa, producto de su disgregación, así como de la calificación actual que acompaña al concepto de soberanía. Por otro lado, el factor antedicho ha propiciado la incursión de las Organizaciones Internacionales (OI) en los procesos de producción normativa internacional. Dichas entidades, que alguna vez fungieron como catalizadores de la producción exclusiva de los Estados, actualmente se desempeñan como agentes normativos capaces no solo de influenciar el contenido de las normas internacionales, sino aptos para determinarlo. En este ámbito, destaca el caso del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CS). Se defiende, que dicho Organismo ha desarrollado competencias legislativas en el entorno específico de la lucha global contra el terrorismo. Por medio de tales poderes, ha adquirido la capacidad de obligar de forma general, abstracta y por periodos de tiempo indeterminados a la totalidad de Estados Miembro de Naciones Unidas (EMNU). En este sentido, se afirma que el CS se constituido en una suerte de autoridad internacional, capaz de imponer obligaciones de largo alcance que se asemejan a aquella que anteriormente solo podían adquirirse por vía convencional.

Situaciones como la descrita, aunada al incremento en el espectro de temas sobre los cuales pueden incidir normativamente las OI, suscitan consideraciones respecto a la posibilidad de controlar los actos de dichas entidades. Esta necesidad, se identifica como corolario de la sustitución funcional que ha realizado los Estados en favor de organismos internacionales en ciertas áreas que se perciben propicias para ser mejor reguladas mediante la participación de las OI. Si bien la delegación de competencias al ámbito internacional por parte de los Estados no es un fenómeno de reciente aparición, el grado de sofisticación y capacidades técnicas que en la actualidad requiere, sumado al surgimiento de las formas no consensuales de Derecho Internacional, ocasionan cierto desasosiego ante la posibilidad de acciones excesivas por parte de las OI las cuales, en apariencia, eluden el control estatal. Considerando que, en ciertas ocasiones, como en el caso de la imposición de sanciones selectivas por parte del CS, los actos normativos de las OI pueden llegar a afectar directamente algunos de los Derechos Humanos (DDHH) de los individuos a los que se aplican, el tema adquiere dimensiones preocupantes.

En este contexto, han emergido esquemas de pensamiento que pretenden servir como contrapeso a posibles acciones excesivas de las OI. A falta de una teoría sobre el

Derecho de las Organizaciones Internacionales plenamente desarrollada, enfoques como el *Constitucionalismo Internacional* y el *Derecho Administrativo Global* (DAG) se presentan como alternativas viables para el desarrollo de mecanismos de control efectivo. El surgimiento de tales, se presenta como corolario de una incipiente centralización y jerarquización del Derecho Internacional. No obstante, cabe señalar, que dicho planteamiento, asociado con la perspectiva contemporánea del Derecho Internacional, coexiste con la perspectiva tradicional, de forma tal que ambos esquemas se solapan. De tal manera, no puede afirmarse la prevalencia de uno sobre el otro en cuanto a que ambos convergen y fungen como medios para explicar la producción normativa actual. En lo particular, se considera que existen indicios suficientes para considerar que ciertos desarrollos del Derecho Internacional pueden ser considerados desde una óptica constitucionalista. Desde esta perspectiva, se sostiene que el caso específico del CS resulta ilustrativo de la capacidad que pueden llegar a desarrollar ciertos organismos internacionales para obligar, si bien en ciertos ámbitos muy particulares, a los Estados en ausencia de un vínculo consensual plenamente identificable.

1. El Rol Cambiante del Estado en la Producción Normativa

El surgimiento y aceptación quasi-universal de las normas imperativas de Derecho Internacional representa el inicio de una era en donde la voluntad estatal como base normativa internacional se ve limitada por valores que se consideran jerárquicamente superiores al consentimiento del Estado a obligarse. Sobre esta premisa, ha ganado aceptación la idea de que existen normas cuya formación escapa el alcance de la voluntad estatal. Esta noción, ha generado una revaloración de las fuentes tradicionales de Derecho Internacional que en ciertos sectores ha conducido a la relativización, incluso a la negación, del consentimiento como base normativa. Asimismo, la marginalización del voluntarismo estatal ha sido asociada con la creciente participación de las OI en la producción de normas internacionales. En este contexto, la disposición de los Estados para delegar competencias normativas a dichas entidades, así como el considerable aumento en las áreas que éstas son capaces de impactar, parecen apuntar hacia un repliegue del Estado-Nación. Sin embargo, de forma paralela a las ocurrencias referidas es posible detectar una fuerte permanencia del consentimiento estatal que parece adquirir una vigencia renovada a través de instituciones tradicionales como la

costumbre y la celebración de tratados. En este sentido, aunque dichas instituciones han evolucionado en función de las necesidades cambiantes de la sociedad internacional, se encontrará que todavía operan en gran medida bajo las estructuras consensuales que les dieron forma. Igualmente, la indeterminación que acompaña a la formación y aplicación de las normas de *ius cogens* constriñe a la realización de un análisis más detallado sobre su naturaleza y el verdadero impacto que éstas han tenido sobre el consentimiento.

1.1 La Perspectiva Tradicional: El Consentimiento como Base Normativa

Cada ordenamiento jurídico representa los valores, tradiciones, y necesidades de la sociedad a la que pretende estructurar y es, a su vez, producto de dicha estructura. El Derecho Internacional se distingue plenamente de sus equivalentes domésticos hasta el grado de poner en tela de juicio su paridad con estos. Lo anterior resulta una consecuencia lógica de las diferencias en la naturaleza y funciones de los dos planos normativos a los que se alude. En este sentido, la primera y fundamental distinción radica en el origen mismo del derecho, es decir, en las fuentes de donde manan las atribuciones y obligaciones de los sujetos al imperio de la ley. Dicha discordancia, trasciende de manera importante al plano meramente formal en cuanto a que genera un sinnúmero de incompatibilidades materiales entre ambos universos debido a que impacta prácticamente a todos los componentes de sus respectivas estructuras. Sobre esta problemática nos parecen ilustrativas las palabras de Malcom Shaw quien señala:

While the legal structure within all but the most primitive societies is hierarchical and authority is vertical, the international system is horizontal, consisting of over 190 independent states, all equal in legal theory (in that they all possess the characteristics of sovereignty) and recognizing no one in authority over them. The law is above individuals in domestic systems, but international law only exists as between the states. Individuals only have the choice as to whether to obey the law or not. They do not create law. That is done by specific institutions. In international law, on the other hand, it is the states themselves that create the law and obey or disobey it. This, of course, has profound

*repercussions as regards the sources of law as well as the means for enforcing the accepted legal rules*²³.

Por medio del pasaje citado, puede inferirse que no es posible encontrar en el ámbito jurídico internacional una legislatura centralizada representativa de los Estados encargada de la creación de leyes generales para ellos. Consecuentemente y pese a la proliferación que han tendido en los últimos tiempos, los tribunales internacionales existentes operan bajo una competencia limitada debido a que son los propios Estados, los que a través de mecanismos consensuales –y a menudo convencionales–, deciden someterse o no a la jurisdicción de dichos órganos. Pareciera entonces que ante la ausencia de este tipo de instituciones– tal y como existen en los derechos internos de los Estados–, en el plano internacional no es posible hablar propiamente de la existencia de leyes, puesto que las necesidades estructurales de la sociedad internacional no han requerido su desarrollo. En el siguiente pasaje, el profesor Antonio Remiro comenta sobre las consecuencias de las divergencias entre ambos sistemas, poniendo énfasis en la ausencia de leyes *per se* en el ámbito internacional:

... [L]a ley, acto normativo primordial de los Derechos estatales, se ve sustituida en el orden internacional por las obligaciones consentidas – activa o pasivamente– por sujetos civitates superiores non recognoscentes, la demanda judicial por el compromiso, el auxilio policial por la autotutela.

Norma y obligación tienden, pues, a confundirse en el orden internacional. Aquélla [...], existe en la medida en que el sujeto ha aceptado –o, bajo determinadas circunstancias, no ha rechazado– obligarse, someterse. En la teoría de los métodos de la formación de las normas-obligaciones internacionales la distinta expresión e intensidad en el consentimiento del Estado, que puede resultar, incluso, embebido en un estado de conciencia colectivo, desemboca en la articulación de diferentes fuentes formales (actos unilaterales, acuerdos orales y escritos, procesos de naturaleza consuetudinaria); pero su unidad especial es puesta de relieve por el hecho de que, frecuentemente, una nueva manifestación o comportamiento puede ser simultáneamente

²³ Malcom N. Shaw, *International Law*, (Nueva York: Cambridge University Press, 2008), p. 6.

*incardinada en más de un tipo de comportamiento normativo u obligacional, según la predicción ideológica del calificador*²⁴.

De tal manera, las normas internacionales surgen del consentimiento de los Estados a obligarse a ellas, dicho sea de otro modo, su base es la voluntad de los sujetos mismos de cumplirlas. La expresión de dicha voluntad, o, mejor dicho, la oportunidad de expresarla tiene su génesis en el reconocimiento de igualdad que se hacen mutuamente los obligados. En papel, las condiciones descritas construyen un paradigma normativo de naturaleza contractual en el que si se desea tener conocimiento de las atribuciones y obligaciones de los sujetos internacionales de derecho bastaría con llevar una suerte de bitácora de las manifestaciones consensuales que éstos emiten para tener total certeza de cuáles son éstas. Esto por supuesto es una simplificación excesiva de lo que constituye una obligación en Derecho Internacional. En la realidad, existe una variada gama de dificultades concernientes a la creación, modificación y extinción de normas y obligaciones internacionales que es posible vislumbrar a través de los señalamientos del Profesor Remiro: en primer lugar, normas y obligaciones tienden a confundirse, en segundo lugar; su identificación depende en gran medida de la predilección ideológica del operador jurídico.

Pese a la innegable permanencia de la voluntad estatal como base normativa internacional, se considera que los procesos de producción normativa del Derecho Internacional han evolucionado para dar paso a mecanismos generadores de obligaciones que representan un desafío a esta concepción clásica. Así, la interdependencia entre los Estados aunada a la proliferación y especialización de las OI ha propiciado el surgimiento de métodos regulativos en Derecho Internacional que, aunque en un principio invitan a calificarlos como “no consensuales” finalmente mantienen dentro de su composición lo que puede considerarse como vías para la manifestación del consentimiento de los Estados, si bien de manera atenuada. Consecuentemente, a pesar de haber pasado –y seguir pasando- por transformaciones importantes, el Derecho Internacional mantiene aún una base normativa sustentada en la voluntad del Estado. Sin embargo, pese a la gran aceptación que goza esta visión voluntarista –central en la corriente positivista y predominante entre los

²⁴ Antonio Remiro Brotóns, et. al., *Derecho Internacional Curso General*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), p. 38.

internacionalistas contemporáneos²⁵-, existen y han existido desde antaño, ideas que desde alguna u otra perspectiva rechazan el consentimiento de los Estados como base del Derecho Internacional. Tales opiniones oscilan entre posturas que rechazan plenamente la existencia de una base consensual en Derecho Internacional, y algunas visiones más moderadas y modernas; que consideran que en la actualidad el consentimiento va cediendo terreno a nuevos mecanismos de creación normativa internacional debido a que las necesidades de la sociedad internacional actual así lo exigen. Este debate, que probablemente surgió junto con los fundamentos del sistema jurídico internacional moderno, continúa vigente y constituye evidencia tanto de la necesidad de positividad que desde tiempos pasados adolece el Derecho Internacional, misma que se ha buscado dentro de la elusiva figura del consentimiento estatal; como de la idea de que la complejidad del Estado y las relaciones internacionales que entabla requieren de una aproximación mucho más pragmática al orden jurídico internacional.

La mayoría de los historiadores e internacionalistas coinciden en que el Derecho Internacional moderno surge como consecuencia del clima político generado a raíz del fin de la guerra de los 30 años en 1648 y de los tratados de paz resultantes de dicho acontecimiento. Estos eventos, marcan el inicio de las relaciones internacionales modernas que se caracterizan por el surgimiento del Estado-Nación, el ascenso del concepto de soberanía y la noción de que el Estado no reconoce más obligación internacional que aquella que voluntariamente decide cumplir ya sea a través de la práctica cristalizada en costumbre o, mediante su consentimiento expreso al firmar un tratado. Así, esta línea de pensamiento marca los albores de la corriente positivista internacionalista que esencialmente se caracteriza por la idea de que el desarrollo del Derecho Internacional obedece a la práctica y conducta de los Estados evidenciada a través de la costumbre y los tratados y no a la derivación de normas de principios metafísicos básicos como hacían las anteriores escuelas de pensamiento naturalista. De tal manera, la consolidación de la corriente positivista coincide con la del Estado-Nación y tiene un auge significativo a partir de la última parte del siglo XVIII hasta la primera del siglo XX²⁶.

²⁵ Duncan B. Hollis, "Why State Consent Still Matters- Non State Actors, Treaties and the Changing Sources of International Law", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 23. n° 1, 2005, p. 141.

²⁶ John F. Murphy, *The Evolving Dimensions of International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), pp. 12-13.

Durante este largo intervalo de tiempo diversos pensadores cuyos postulados aún hacen eco en la literatura contemporánea contribuyeron al fortalecimiento de la doctrina positivista. Desbordaría el objeto del presente estudio el realizar un recuento exhaustivo de la historia del Derecho Internacional, incluso, únicamente de lo acontecido con posterioridad a la Guerra de los 30 años. No obstante, se estima pertinente puntualizar algunos de los cambios significativos acaecidos sobre la estructura de la sociedad internacional en aquella época que devengaron en una serie de principios jurídicos, algunos de los cuales, no sin haber evolucionado de manera importante, continúan vigentes hasta nuestros días y constituyen las bases fundamentales del actual Derecho Internacional. Siendo que el sistema jurídico internacional responde de manera especialmente sensible a las necesidades de la sociedad a la que aspira a regular y, resulta interesante analizar este punto particular en su desarrollo puesto que las condiciones histórico-políticas imperantes del momento dieron lugar a la solidificación de una noción que, si bien en la actualidad se encuentra bajo presión, continúa siendo la piedra angular del sistema jurídico internacional: la posición del Estado como epicentro de los procesos de creación normativa del Derecho Internacional.

Carlos Arellano García²⁷ identifica algunos efectos de la firma de los tratados de Paz de Westphalia que son indicativos del papel primordial que a raíz de este evento tendría el Estado como fuente generadora de obligaciones internacionales. De entre tales efectos, reviste particular importancia la adquisición de conciencia de personalidad por parte de los incipientes Estados europeos con independencia del emperador y de la Santa Sede. Ante esta situación, la necesidad de organizar la política europea sobre la base del equilibrio de las diversas naciones tuvo como consecuencia que en los referidos tratados se estableciera una igualdad jurídica entre los Estados, independiente de su credo religioso e independientemente de su forma de gobierno. A su vez, dichos cambios tuvieron como corolario un cambio paradigmático en la estructura social internacional que ahora requería la cooperación y la participación de los Estados en la creación periódica de las reglas internacionales que a partir de este momento evidenciaban un Derecho Internacional Común.

De esta forma, se afianzó la idea del carácter soberano del Estado como institución libre de cualquier poder ajeno. Sin embargo, sería poco preciso describir lo ocurrido

²⁷ Carlos Arellano García, *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, (Ciudad de México: Editorial Porrúa, 1993), pp. 39-40.

únicamente como un proceso de integración y cooperación internacional. Se ha destacado ya el carácter formal de la soberanía, misma que sin embargo se presenta de formas muy distintas en la realidad atendiendo a las relaciones de poder entre los diversos Estados. Rechazando la idea de una comunidad internacional, Modesto Seara²⁸ advierte sobre cómo incluso hoy en día, la voluntad orgánica de la sociedad internacional es todavía muy rudimentaria puesto que se basa en el cálculo e interés egoísta de sus miembros. En cuanto a la evolución del Derecho Internacional como consecuencia de los procesos históricos aludidos, Seara sugiere que ya para el S. XIX, al que caracteriza como de pleno desarrollo para el Derecho Internacional, éste último se concibe como “...un instrumento destinado a reglamentar relaciones entre los países poderosos o, cuando se referían a instituciones orientadas a la relación entre tales países y los más débiles, con un contenido francamente clasista...”²⁹.

Resulta comprensible la existencia de serias reservas en cuanto a equiparar la voluntad estatal con la sustancia misma de las obligaciones internacionales. Si bien pudiera estimarse que la separación de las anteriores corrientes iusnaturalistas de naturaleza teleológica por medio del asentamiento del Derecho Internacional sobre una base consensual lo dotó de un carácter mucho más científico, también pudiera argüirse que hasta cierto punto condicionó su validez al arbitrio subjetivo de entidades cuya voluntad existe primordialmente en función de sus propios intereses. Tales consideraciones adquirieron una renovada y preponderante importancia debido al desencadenamiento de la Primera y Segunda Guerras Mundiales. Poco tiempo antes de su estallido, en los inicios del Siglo XX, ya la corriente positivista era comúnmente reconocida como “Derecho Internacional Clásico”. Tras siglos de hegemonía, de pronto esta línea de pensamiento se encontró bajo ataque después del inicio de la Primera Guerra Mundial. En este contexto, la llamada Escuela de Viena, liderada por el célebre jurista austriaco Hans Kelsen, consideraba que una concepción mitificada de la soberanía, enaltecida por los postulados clásicos del Derecho Internacional, había servido como catalizador para el quebrantamiento de la civilización evidenciado por la “Gran Guerra”. Con lo anterior en mente, Kelsen y sus seguidores intentaron desarrollar una teoría del Derecho Internacional que, sin abandonar la línea positivista y dejando de lado interpretaciones metafísicas sobre los fundamentos jurídicos, diera a la ciencia que nos ocupa un carácter objetivo, ajeno a la voluntad subjetiva de los Estados. Así,

²⁸ Modesto Seara Vazquez, *Derecho Internacional Público*, (México: Editorial Porrúa, 2000), p. 17.

²⁹ *Ibid.*, p. 50.

navegando bajo la bandera de la primacía del Derecho Internacional sobre la voluntad estatal, la Escuela de Viena intentó construir un esquema en donde las normas internacionales fuesen las de más alta jerarquía en el universo de lo jurídico y sirvieran como limitantes al comportamiento de los Estados³⁰.

Conviene recordar, que, en relación con los ordenamientos jurídicos estatales, Kelsen construyó una estructura escalonada de normas supra y subordinadas. En dicha construcción, una norma no vale por tener un contenido determinado sino por haber sido producida de cierta manera, específicamente de la forma establecida por una norma fundante básica presupuesta. En la visión referida, las normas son actos de imposición coactiva que adquieren su validez si fueron producidas conforme a la norma fundante. A la vez, la validez del orden jurídico que responde a dicha norma fundante, se encuentra condicionada a la efectividad de dicho sistema jurídico. De tal manera, para que un orden jurídico sea válido, resulta imperativo que sea eficaz, dicho sea de otro modo, que los hechos sean en cierta medida conforme a dicho orden. Para Kelsen, aunque sin duda alguna existe también un principio de legalidad o efectividad, de acuerdo con el cual, las normas jurídicas únicamente son válidas si han sido creadas conforme a la constitución, así como si no han sido abrogadas según un procedimiento conforme a dicha constitución; este, se encuentra restringido por el principio de efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto³¹.

En el esquema Kelseniano, para llegar a la identificación de la norma fundante habría que partir de una norma individual, como pudiera ser la aplicación de una sentencia y preguntarse el porqué de su validez. Aplicando este razonamiento, se llegaría a la conclusión de que ésta tiene validez porque responde a una norma general que permite aplicarla. De igual forma, al preguntarse sobre la validez de la norma general, necesariamente se encontraría que ésta vale porque fue promulgada por una autoridad competente para tales efectos. Asimismo, al cuestionarse sobre la validez de las normas promulgadas por dicha autoridad, tendría que concluirse que esta proviene de una constitución. Por ende, al inquirir sobre la validez de tal constitución tendría que deducirse que esta vale por derivarse de la primera constitución histórica, aquella por medio de la cual se fundó el Estado en cuestión. Finalmente, si se renuncia a la idea de

³⁰ Jochen Von Bernstorff & Thomas Dunlap, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen Believing in Universal Law* (Nueva York: Cambridge University Press, 2010), pp. 6-10.

³¹ Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, (Traducción Moisés Nilve, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, Cuarta Edición, Novena Reimpresión, 2009), pp. 114-116.

que dicha constitución histórica fue dictada por una autoridad metajurídica –como Dios o la naturaleza-, su validez, aquella que la caracteriza como norma fundante, tiene que ser forzosamente presupuesta³².

Para Kelsen, el mismo esquema de pensamiento podía aplicarse al Derecho Internacional. Entonces, la validez de éste, estaría determinada no por la voluntad estatal, sino por una norma fundante presupuesta, misma que determinaría el contenido de todo el ordenamiento jurídico internacional. Así, con el fin de esclarecer este punto, me permito citar el siguiente pasaje de una traducción al español de la obra del fundador de la Escuela de Viena en donde se explica la vía para llegar a la norma fundante del orden jurídico internacional:

Para arribar a esta norma fundamental [...] [d]ebemos comenzar desde el nivel inferior, esto es, de la norma individual, de la resolución de un tribunal internacional. Si preguntamos por qué es válida esa resolución, es decir, la concerniente a la disputa entre dos Estados, que fue presentada por ellos a un tribunal, es decir, por qué el significado subjetivo del acto judicial es considerado también su significado objetivo, la contestación es: porque la norma individual de la resolución ha sido creada de conformidad con un tratado firmado por esos Estados. Si preguntamos por qué, es válido este tratado, o sea, por qué el significado subjetivo del acto por el que se acepta el tratado, se considera también como su significado objetivo, la contestación es: porque de conformidad con una norma general de Derecho internacional consuetudinario, esto, el Derecho creado por la costumbre estatal, los Estados deben comportarse de conformidad con los tratados firmados por ellos, es decir, la norma general pacta sunt servanda. Finalmente, surge la cuestión acerca de la razón para la validez del Derecho internacional consuetudinario. Si desde el punto de vista del positivismo jurídico rehusamos encontrar la razón para la validez del Derecho internacional consuetudinario en la voluntad de Dios (dentro o fuera de la naturaleza) o en cualquier otra autoridad metajurídica, la única contestación posible es de que si consideramos el significado subjetivo de los actos que constituyen la costumbre estatal también como su

³² Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, (Traducción, México: Editorial Porrúa, 2011), pp. 205-208.

*significado objetivo, presuponemos la norma: Los Estados deben comportarse tal como los Estados consuetudinariamente se comportaban. Esta es la norma fundamental del Derecho internacional general. Es una norma que instituye la costumbre estatal como un hecho creador de Derecho*³³.

Dentro del marco de su teoría pura del Derecho –aquella que pretende eliminar de su estudio toda consideración psicológica, sociológica, política, ética y religiosa-, Kelsen pretendió identificar una norma fundamental que no fuese parte del sistema positivista, sino que le sirviese como fundamento. Dicha norma, que no está promulgada -y es por lo tanto hipotética-, es condicionante de la unidad del sistema y fue identificada por Kelsen como la norma *pacta sunt servanda*. Empero, pese a la tremenda fuerza intelectual de la construcción Kelseniana, se advierten serias inconsistencias en la misma que guardan especial relevancia para el estudio que se realiza: en primer lugar, al tratar de fundar todo el sistema jurídico internacional sobre *pacta sunt servanda* Kelsen no abandona el voluntarismo ya que su norma fundamental que da origen a todo el Derecho Internacional y que es la de más alta jerarquía en el universo de lo jurídico, es una norma de origen consuetudinario y, por lo tanto, surgida de acuerdos voluntarios. Segundo, el sistema Kelseniano mediante su férreo desdén a la experiencia, niega que el Derecho se vea influido por los actos sociales lo cual, puede ser útil formalmente hablando, pero carece de sentido real³⁴.

Pese a las dificultades teóricas enfrentadas –y discutiblemente no superadas- por Kelsen y sus partidarios para disociar la base del Derecho Internacional de la voluntad estatal, resulta entendible la preocupación de la Escuela de Viena por dar un carácter objetivo a la base de las normas internacionales. Es hasta cierto punto evidente como una visión romántica de la soberanía cuyo único límite se encuentra en la capacidad del Estado para ejercerla puede ser complementaria de políticas expansionistas capaces de generar atrocidades como las que se sufrieron durante las dos guerras mundiales. Sin embargo, al margen de los desarrollos teóricos del Derecho Internacional, las circunstancias histórico-políticas emergentes propiciaron un cambio significativo en la noción y el alcance del concepto de soberanía que detonaría cambios paradigmáticos en

³³ Hans Kelsen, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, (Traducción, Lima: Hans Kelsen-Institut & Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM) & Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2002), pp. 88-89.

³⁴ César Sepúlveda, *Derecho Internacional*, (México: Editorial Porrúa, 2006), p.55.

las relaciones internacionales y, por ende, en la manera de crear, interpretar y modificar las normas internacionales. En este sentido, puede decirse que si los tratados de Paz de Westphalia fueron en su momento productores de un ordenamiento jurídico internacional en donde los nacientes Estados europeos procuraron salvaguardar su integridad frente a poderes ajenos, de un modo análogo, la Conferencia de San Francisco fue en su tiempo un foro en el que los miembros de la sociedad internacional externaron sus preocupaciones relativas al momento histórico que se vivía y, mediante la firma de la CNU cambiaron drásticamente la estructura social en que habitaban.

1.2 La Perspectiva Contemporánea: El Surgimiento de Formas No Consensuales de Derecho Internacional

La credibilidad e incluso la legitimidad del argumento de que es posible para los Estados obligarse por normas de Derecho Internacional que no han consentido -o inclusive que meramente no han rechazado- se remite a los cambios radicales en el sistema internacional llevados a cabo como respuesta a la brutalidad de la Segunda Guerra Mundial. Preocupados por frenar posibles violaciones a DDHH y ataques a otras naciones por parte de Estados actuando al margen del imperio de la ley, los estadistas de la postguerra fomentaron a través de los Juicios de Nuremberg y la adopción de la CNU un sistema internacional que evolucionó para incorporar el principio de que es posible establecer normas de carácter universal que no admiten acuerdo en contrario. Dicha evolución, se reflejaría posteriormente en el desarrollo de las normas de *jus cogens* y la noción de crimen internacional, así como en el ascenso de la cultura de los DDHH. De tal manera, es posible interpretar el surgimiento de estas figuras como indicios del inicio de la transformación de una sociedad internacional en donde alguna vez se valoró la supervivencia del Estado por encima de toda consideración hacia un esquema cooperativo, poseedor de objetivos y valores comunes, en otras palabras: una comunidad internacional. Más aún, las llamadas normas imperativas de Derecho Internacional se presentan como las primeras reglas internacionales que ponen en tela de juicio la presencia del consentimiento estatal en su proceso de formación y, por ende, la posibilidad de que el Estado pueda ser obligado incluso en contra de su voluntad. Con

todo, es preciso destacar que los impulsos referidos se dieron dentro de un marco consensual conformado por los Estados al adherirse a la CNU³⁵.

1.2.1 El Surgimiento de las Normas Imperativas de Derecho Internacional como Indicio de la Erosión del Consentimiento

De acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (la Convención de Viena): “[e]s nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. El numeral referido, define las normas imperativas del Derecho Internacional General o normas de *jus cogens* como aquellas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario y que solo pueden ser modificadas por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter. En su momento, la definición del concepto antedicho se presentó como problemática puesto que resultaba complicado en demasía determinar el proceso de formación e identificación de las normas imperativas de Derecho Internacional. Tal y como advierte el profesor Antonio Remiro³⁶, durante la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la indeterminación material del *jus cogens* dio pie a sendas protestas ante las propuestas que sugerían la nulidad de los tratados internacionales con base a un concepto fácilmente manipulable. Observa, que ante el temor de que dicho concepto se convirtiese en un arma que pudiese ser esgrimida contra el establecimiento, los entonces beneficiarios por el *status quo*, adoptaron la tesis de la proclamación. De acuerdo con ésta, solo aquellas normas reconocidas expresamente como imperativas en la Convención de Viena, o bien en los protocolos anejos a esta que se desarrollasen a la postre, podrían ser reconocidas como imperativas. De acuerdo con el citado autor, la tesis, a la que caracteriza como poseedora de un voluntarismo reforzado, resultaba deficiente en cuanto a que, tomando en cuenta las dilaciones propias del proceso mediante el cual se adopta el texto de un tratado, adoptar un mecanismo de identificación en los términos descritos hubiese asegurado la supervivencia de aquellas cláusulas convencionales que realmente fuesen contrarias al *jus cogens*, propiciándose

³⁵ Jonathan I. Charney, “Universal International Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 87, n° 4, 1993, p. 543.

³⁶ Antonio Remiro Brotons, *et. al.*, *Op. Cit.*, p. 232.

un escenario en el cual, no solo se podrían cometer graves omisiones, sino que, además, podría generarse la petrificación de una materia esencialmente dinámica.

Por otro lado, hubo quienes propusieron que se determinase la formación e identificación de las normas de *jus cogens* de acuerdo con el consentimiento de cada Estado. De esta forma, las normas imperativas no serían oponibles a aquellos Estados que pudiesen comprobar que no las habían aceptado manifiestamente como tales. Tal y como apunta el profesor Remiro, la propuesta carecía de lógica. En ese sentido, observa que, si el *jus cogens* es precisamente un límite a la voluntad de los Estados, no es posible procurar que cada uno decida que las normas que son imperativas para el resto de los Estados, no revisten tal carácter para él. Dicha noción, sería la que finalmente quedaría plasmada en el artículo 53 de la Convención de Viena, de cuyo texto se desprende que lo decisivo para la formación e identificación de una norma imperativa es la percepción de un hecho psicológico, al que el citado autor califica como una *opinio iuris cogentis*, que puede identificarse con base a un juicio de valor compartido en términos amplios por la comunidad internacional. Dicho juicio, cuya amplitud no necesariamente implica unanimidad, puede expresarse a través de los procesos ordinarios de formación de normas generales de Derecho Internacional. Con base a tales consideraciones, el profesor Remiro concluye que el *jus cogens* no solo impone un límite a la libertad de los Estados al concertar sus obligaciones jurídicas, sino que, además, escapa a la voluntad individual de cada Estado para decidir si una norma efectivamente posee carácter imperativo o no. De tal suerte, el Estado que pretendiese incumplir una norma de dicha naturaleza oponiéndose a la norma como tal, se encontraría vinculado a esta si dicha norma es considerada como imperativa por la comunidad internacional en su conjunto³⁷.

Evidentemente, la idea que finalmente terminó consagrándose en el texto de la Convención de Viena dista mucho de ser una solución enteramente satisfactoria al problema de la definición e identificación de las normas imperativas de Derecho Internacional. No obstante, es igualmente claro que la introducción del concepto de *jus cogens* resulta en un condicionamiento de la voluntad estatal como base normativa exclusiva para la concertación de obligaciones internacionales entre los Estados. Cercana al núcleo del concepto de *jus cogens*, acecha la noción de un orden público internacional que se encuentra por encima del control exclusivo de los Estados y que

³⁷ *Ibid.*, pp. 232-233.

sirve el propósito de salvaguardar los intereses más valiosos de la sociedad internacional. Empero, los Estados continúan dominando la producción normativa y buscan mantener su autonomía e independencia. Sin embargo, tal paradigma se encuentra en la actualidad bajo presión debido a que su esquema realista no permite el reconocimiento de intereses cosmopolitas que demanda una sociedad internacional más amplia como la que existe en la actualidad. De esta forma, el concepto de *jus cogens* aparece como una respuesta ante lo que puede percibirse como un excesivo estatocentrismo en el ámbito internacional en forma de una limitante de especie constitucional que por medio de la idea de normas perentorias constriñe la otrora aparentemente ilimitada facultad de los Estados para crear normas internacionales de una manera arbitraria y excluyente³⁸.

Para quienes cuestionan la validez del consentimiento como fundamento de las obligaciones internacionales, la institución del *jus cogens* pone de manifiesto inconsistencias en las teorías voluntaristas. Patrick Dumberry³⁹ intenta explicar cómo la existencia del *jus cogens* no tiene cabida en una visión del surgimiento de obligaciones consuetudinarias de corte voluntarista que pretenda ser coherente. Lo anterior, se debe a que la idea del *jus cogens* se basa en la creencia de que la sociedad internacional puede y de hecho impone obligaciones a los Estados, independientemente de que estos las hayan consentido o no. Sin embargo, como un contrapeso considerable de la idea anterior, se observa que la doctrina del objetor persistente –quizá el más claro ejemplo utilizado por los voluntaristas para demostrar la importancia del consentimiento–, se basa en la idea contraria: ningún Estado puede ser obligado a una norma que no ha consentido en cada caso. Para Dumberry, la existencia de un grupo de normas sobre cuya obligatoriedad el Estado no tienen capacidad de decisión alguna demuestra que su esencia proviene de un lado distinto al de su voluntad individual, específicamente, del contexto social en el que éste habita, mismo que lo obliga a tener y a cumplir una norma de Derecho Internacional. No obstante, la interpretación realizada por Dumberry admite ciertos matices. En este sentido, debe tomarse en cuenta que la creación de normas de *jus cogens* no necesariamente implica la ausencia de voluntad estatal, aunque finalmente este tipo de normas puedan terminar obligando a un Estado que no las haya consentido.

³⁸ Gordon A. Christenson, “Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 28, n° 3, 1988, pp. 587-589.

³⁹ Patrick Dumberry, “Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, n° 3, 2010, pp. 795-799.

Jonathan Charney⁴⁰ defiende la postura de que el *jus cogens* no es una excepción a la tesis del objetor persistente, sino evidencia de que el sistema internacional ha evolucionado a tal grado que actualmente posee la capacidad para determinar normas a los Estados sin su consentimiento. De esta forma, las necesidades de la sociedad internacional actual han propiciado que el rol del consentimiento en la creación de normas internacionales sea en el mejor de los casos limitado. Incluso, aceptando que para la celebración de un tratado internacional se requiere inicialmente del consentimiento de los Estados signatarios, Charney considera que la base de las obligaciones convencionales no es el consentimiento *per se* de las partes, sino la norma *pacta sunt servanda*. Para este autor, los Estados cumplen el Derecho Internacional en tanto que sirve a sus intereses a corto y largo plazo, dicho sea de otro modo, defiende una visión societaria en que la norma internacional surge debido al contexto y no a la voluntad individual de los Estados.

Una postura divergente –más no contraria- a las arriba reseñadas, es aquella adoptada por Holding Lau⁴¹ quien considera que las normas de *jus cogens* efectivamente constituyen una excepción dentro de la doctrina del objetor persistente, misma que sin llegar a negar la importancia del consentimiento en la generación de obligaciones consuetudinarias revela que este no tiene un carácter absoluto. No obstante, Lau considera que esta excepción es insuficiente puesto que el sistema internacional actual ya no puede sustentarse en una aplicación estricta de los principios consensuales sobre los que fue fundado; la interdependencia entre los Estados, y la consecuente evolución de la noción de soberanía Estatal así lo requieren. Con todo, es evidente que la emergencia del concepto de *jus cogens* ha contribuido a un cambio sustancial en la manera en que se concibe la base o el carácter del orden jurídico internacional. No obstante, parece que debe matizarse el impacto que éste ha tenido sobre los procesos de creación normativa. Después de todo, pese a que existe la visión de que este concepto encierra dentro de sí una promesa de un orden normativo jerarquizado por encima de los intereses estatales y sobre todo de corte más humanista; no es posible ignorar la postura crítica de quienes sugieren que el *jus cogens* es

⁴⁰ Jonathan Charney, *Op. Cit.*, pp. 530-542.

⁴¹ Holding Lau, “Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 6, n°. 1, 2005, pp. 504-505.

finalmente un concepto vacío, un mito normativo que sirve de fachada para acuerdos de poder que evitan precisamente tener un contenido sustancial⁴².

En este contexto, resulta significativo lo comentado por Arturo Pagliari⁴³ quien, pese a enfatizar que hoy en día la existencia de las normas imperativas de Derecho Internacional no se discute, advierte que los problemas derivados de su naturaleza todavía son motivo de análisis. En este sentido, se señalan las cuestiones relativas a su origen –como la clarificación en cuanto a que se trate de un principio o una norma consuetudinaria-, a su determinación –en cuanto a que se carece de un mecanismo formal que las compruebe- y, en cuanto a su aplicación –puesto que se carece de un órgano decisorio competente para establecer jerarquía de fuentes y de normas de Derecho Internacional. No obstante las complicaciones que entraña la volatilidad del concepto de *jus cogens*, para Pagliari, éste resulta indicativo de la dicotomía normativa existente en el orden internacional entre normas dispositivas y normas imperativas, mismas que resultan en una limitación a la voluntad estatal centrada en el aspecto fundamental de la licitud del objeto de las obligaciones adquiridas por estas entidades. Este tipo de postura, difiere considerablemente de la visión referida en el párrafo anterior en cuanto a que lejos de presentar al *jus cogens* como un concepto vacío, eleva su naturaleza a un rango constitucional, proporcionando de esta manera las bases de lo que algunos estiman constituye el orden público internacional.

De tal manera, se considera que, ante la indeterminación del concepto, resulta lógico que se procure señalar las limitaciones del paradigma voluntarista a través del uso del *jus cogens* puesto que evidencia inconsistencias en las teorías acerca de la costumbre internacional. Primeramente, como se ha venido delineando, los actuales detractores del voluntarismo apelan a la idea de un orden jurídico que regula no a una sociedad, sino a una comunidad internacional. Esto, implica la existencia de objetivos comunes más allá de la supervivencia de las unidades políticas independientes conocidas como Estados. Naturalmente, esta visión encuentra apoyo en el concepto de *jus cogens* en cuanto que la tiñe con un tinte constitucionalista. En segundo plano, el desafío al voluntarismo que algunos consideran indispensable a fin de sostener esta visión comunitaria encuentra terreno fértil en la desconstrucción de la costumbre internacional, quizá la vía más complicada e indeterminada por medio de la cual los Estados adquieren obligaciones.

⁴² Gordon A. Christenson, *Op. Cit.*, p. 590.

⁴³ Arturo Pagliari, “El Derecho Internacional Público, Funciones, Fuentes, Cumplimiento y la Voluntad de los Estados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IV, 2004, pp. 464-465.

Así las cosas, se entiende que el surgimiento del *jus cogens*, aun y cuando ciertamente condiciona el desarrollo de normas consuetudinarias, no implica la inexistencia de la participación de los Estados en su formación mediante la manifestación expresa o tácita de su consentimiento.

Asimismo, la discusión sobre el *jus cogens* resulta ilustrativa de los principales debates sobre el consentimiento como sustento de las obligaciones internacionales. Martti Koskenniemi⁴⁴ explica cómo aparentemente el concepto encierra un acuerdo entre perspectivas ascendentes y descendentes –no consensuales y consensuales- sobre el Derecho Internacional. Dicho acuerdo podría ser expresado de la siguiente forma: las normas perentorias obligan a los Estados independientemente de su consentimiento en cuanto a que pretenden limitarlo, pero, a su vez, dichas normas están determinadas por el consentimiento. Sin embargo, el acuerdo es aparente ya que aún y cuando la noción de *jus cogens* parece contener elementos de naturalismo, positivismo, consentimiento y justicia; éstos se separarán en cuanto se intente oponer una de estas normas a un Estado que no consienta de ella. A manera de ilustrar lo anterior, nos referimos a la obra de Antonio Gómez Robledo⁴⁵ en donde se hace alusión al trabajo de quién el citado autor considera “el adversario más resuelto del *ius cogens*”, Georj Schwarzenberger, quien para demostrar la inexistencia de *jus cogens* utilizaba el ejemplo del reconocimiento por parte de varios de los líderes más prominentes de la Sociedad de Naciones del Rey de Italia como emperador de Etiopía aún en contra del principio de no reconocimiento de adquisiciones territoriales por la fuerza, que ciertamente debía tener el carácter de norma imperativa y, que además, se encontraba consagrado en el Pacto de la Sociedad de Naciones. Para Schwarzenberger, el *jus cogens* podía ser tan precario como cualquier *ius dispositivum* al grado de llevarlo a afirmar lo siguiente:

El derecho internacional, al nivel de la sociedad internacional organizada, no conoce ningún ius cogens. La explicación está en la ausencia de todo centro de gobierno dotado de fuerza incontrastable, y tribunales con jurisdicción obligatoria y competencia para formular reglas análogas a las del orden público a nivel nacional. Lo extraordinario es que a lo largo de un milenio y en ausencia de toda

⁴⁴ Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, (Nueva York: Cambridge University Press, 2005), pp. 321-325.

⁴⁵ Antonio Gómez Robledo, *El Ius Cogens Internacional: Estudio Histórico Crítico*, (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003), p. 69.

concentración de poder en la sociedad internacional, el derecho internacional consuetudinario haya podido desarrollar empíricamente un orden de facto con notable estabilidad. Este orden ha tenido por fundamento ciertas limitaciones de sentido común en la libertad de contratar, con base en el principio de reciprocidad... Cuándo ésta se hizo a un lado en obsequio a sentimientos más elevados pero sin relación con las realidades inmutables de la sociedad internacional, el nuevo derecho internacional ha demostrado no ser otra cosa que un esfuerzo efímero, cuando no, como ha ocurrido a menudo, un alarde inútil⁴⁶.

Partiendo de la noción del *jus cogens* es posible apreciar algunas de las dificultades que entraña el voluntarismo moderno. Hasta ahora hemos analizado algunas de las complicaciones que presenta para el paradigma consensual el surgimiento de esta figura en el ámbito de la costumbre internacional en tanto a que cómo se ha visto, las opiniones en torno a la formación y determinación de las llamadas normas imperativas, pero, sobre todo, del papel que juega el voluntarismo estatal en dichos procesos, se encuentran divididas. Con todo, pese a que no se comulga con las posturas que niegan la existencia misma del *jus cogens*, se estima que son de utilidad para modular el entusiasmo generado por esta figura en relación con el surgimiento de un orden público internacional, mismo que entraña no solo la relativización de la base consensual de las obligaciones del Derecho Internacional, sino también bosquejos de centralización, institucionalización y jerarquización del sistema jurídico internacional. Si bien *el jus cogens* no constituye uno de los puntos medulares de la presente disertación, ciertamente se presenta como un punto de partida adecuado que facilita el entendimiento de la evolución de la que han sido parte los procesos de creación normativa del Derecho Internacional de los que ahora se habla en una terminología cada vez más apegada a la utilizada para describir sistemas internos federados. Por ende, se estima que uno de los componentes que da relevancia a las normas imperativas de Derecho Internacional es que su reconocimiento permite y en cierta medida justifica la exploración de esquemas constitucionalistas a nivel internacional por medio de los cuales se puede acceder a estructuras normativas en donde el consentimiento estatal

⁴⁶ Georg Schwarzenberger, "International *Ius Cogens*?", *Texas Law Review*, vol. 43, n° 4, 1965, p. 476, Citado por Gómez Robledo en: Antonio Gómez Robledo, *El Ius Cogens Internacional: Estudio Histórico Crítico*, (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003), p. 70.

individual y aislado se ha relativizado en favor de manifestaciones consensuales comunitarias que denotan objetivos comunes de la sociedad, o incluso, de la comunidad internacional en su conjunto.

Lo anterior guarda íntima relación con el tema concerniente la ausencia de una legislatura en el ámbito internacional. Ante la inexistencia de instituciones que determinen las normas, éstas han ido surgiendo de una manera que en contraste con los procesos legislativos de los sistemas domésticos parece espontánea. No obstante, aunque ciertamente rudimentarios en comparación con sus equivalentes domésticos, es posible identificar ciertos lineamientos en forma de principios que a raíz del ascenso del Estado-nación han regido, o por lo menos dirigido, la producción normativa internacional. En este sentido, se juzga que parte de la dificultad radica en que la sociedad internacional se ha transformado a partir del último siglo de forma mucho más acelerada de lo que lo han hecho los procesos normativos que la regulan. De tal manera, los mecanismos consensuales que alguna vez operaron eficientemente para grupos relativamente pequeños de Estados se perciben como anacrónicos en una sociedad internacional que pese a la gran interdependencia que la caracteriza, todavía no ha podido dotar a su sistema jurídico de la objetividad que le proporcionaría un órgano legislativo internacional. Así, mientras que no surjan dispositivos claros y universalmente aceptados para regular a la sociedad internacional, el problema del consentimiento seguirá vigente.

Tal contrariedad, ha sido descrita por Koskenniemi⁴⁷ como un círculo interminable: por un lado, la presencia del consentimiento es necesaria en cuanto a que da concreción a las normas internacionales, pero por otro, si se considera, aunque sea de manera superficial las principales objeciones en torno a su carácter esencial en la formación de dichas normas pareciera que es necesario algo más que la voluntad estatal para que éstas obliguen⁴⁸. Reflexionando sobre lo anterior, cabe preguntarse sobre la posibilidad de

⁴⁷ Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Op. Cit., p. 321.

⁴⁸ Martti Koskenniemi identifica entre las objeciones más comunes al consensualismo las siguientes: 1) Equiparar al consentimiento con el Derecho es argüir demasiado puesto que entonces cualquier cosa que Estado deseara en cualquier momento constituiría una norma para ese Estado; 2) el consensualismo no dice nada sobre el origen del consentimiento; 3) el consensualismo tiene inconsistencias lógicas: la emergencia de normas consensuales asume la existencia de una norma no consensual que permite esto; y, 4) los consensualistas parecen prontos a aceptar doctrinas que van en contra del consensualismo puro, como pudiera ser la obligación de nuevos Estados de obedecer normas consuetudinarias en cuya formación no participaron, véase: *Ibid.*, pp. 309-312.

que exista un sistema jurídico internacional con bases más objetivas que tuviesen como resultado mayor justicia y transparencia. Sin embargo, con todo y las múltiples innovaciones que han tenido lugar en la creación y aplicación del Derecho Internacional a través de los siglos, no ha sido posible todavía obtener una objetividad mayor que aquella que brinda el consentimiento de los Estados. Cómo se verá a lo largo del desarrollo de esta primera parte, exceptuando quizá las resoluciones legislativas del CS objeto del presente trabajo, aún no han surgido mecanismos de creación normativa internacionales en donde el consentimiento estatal desaparezca, sino que éste se ha transformado para ocupar roles distintos que no llegan a privarle de su carácter fundamental como componente normativo.

1.2.2 El Papel de la Costumbre Internacional en el Voluntarismo Moderno

Ciertamente la manera de entender –y de generar- el surgimiento de normas internacionales a través de la costumbre se ha transformado de manera considerable, no obstante, la costumbre sigue vigente en el Derecho Internacional. Asimismo, el consentimiento estatal, enmarcado dentro de la *opinio iuris*, sigue siendo uno de sus componentes esenciales. Incluso, parece posible argumentar que el sistema normativo moderno al que se ha hecho referencia, aquél en donde ascienden a un nivel de protagonismo inusitado las OI y cuyo funcionamiento relativiza la jerarquía de la voluntad estatal en la creación de obligaciones internacionales; ha propiciado el esclarecimiento de la esencia de la costumbre internacional. Esto, a su vez, reafirma no sólo la naturaleza consensual de esta institución sino también las razones por las que pese a las dificultades que entraña utilizarla, la costumbre sigue siendo relevante para la creación de normas en la sociedad internacional actual. En este sentido, quizá el primer antecedente moderno del fenómeno descrito aparece en la ya paradigmática sentencia sobre el asunto *Lotus* de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) – antecesora de la actual Corte Internacional de Justicia (CIJ)- en donde dicho órgano judicial, reconoció la naturaleza consensual no sólo de la costumbre, sino de todo el Derecho Internacional:

International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the

*relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed*⁴⁹.

Este ya célebre pasaje es indicativo de la importancia que se dio al consentimiento estatal en una etapa histórica que pudieras adjetivarse como embrionaria del actual orden internacional. Además, si bien es cierto que como se ha recalcado dicha importancia ha ido menguando con el paso del tiempo, también lo es que en diversas ocasiones ha sido reconocida mediante la afirmación que por medio de su jurisprudencia ha hecho de la costumbre internacional y de la presencia de un elemento volitivo en su composición la sucesora de la CPJI en el sistema de Naciones Unidas, la CIJ. En este sentido, el máximo órgano judicial de la ONU ha ido concretizando, parsimoniosa, pero certeramente, la manera en que se concibe la evolución de normas consuetudinarias y a través de sus interpretaciones sobre lo que constituye la *opinio iuris*, incrementado el peso del llamado elemento volitivo de la costumbre internacional en la identificación, y por tanto en la formación de obligaciones internacionales por esta vía.

En su libro intitulado *El Nuevo Alcance de la “Opinio Iuris” en el Derecho Internacional Contemporáneo*⁵⁰ la profesora Rosario Huesa Vinaixa emprende un fascinante análisis de la evolución del denominado elemento psicológico de la costumbre centrándose en la jurisprudencia de la CIJ. Después de un examen exhaustivo de las principales sentencias en las que el Tribunal de la Haya ha tenido que determinar la existencia o no de una norma consuetudinaria, la profesora Huesa, a grandes rasgos concluye que a raíz del asunto sobre *Nicaragua*⁵¹ la CIJ ha relativizado la importancia de la práctica estatal en la determinación de las normas consuetudinarias para conceder una importancia primordial al elemento subjetivo de la costumbre en función de la nueva legitimidad que requiere la actual sociedad internacional para la creación de sus normas. A fin de obtener una mayor claridad sobre este punto, parece oportuno reproducir las palabras de la profesora Huesa quien explica lo anterior de la siguiente manera:

⁴⁹ *Asunto Lotus*, Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A- No. 10, 7 de septiembre de 1927, p. 18.

⁵⁰ Rosario Huesa Vinaixa, “El Nuevo Alcance de la “Opinio Iuris” en el Derecho Internacional Contemporáneo”, (Tirant Lo Blanch: Valencia, 1991).

⁵¹ *Asunto sobre las Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en Contra de Nicaragua* (Nicaragua c. United States of America). Méritos, Sentencia C.I.J. Reportes 1986.

En la nueva legitimidad, el principio de igualdad soberana de los Estados trasciende sus límites formales para buscar su realización material. La norma necesita del respaldo “real” de los “componentes esenciales de la sociedad internacional”. Un respaldo que emana del consenso de los Estados, consensus ad ídem que versa no sólo sobre el contenido de la norma, sino también sobre su obligatoriedad jurídica y el grado de imperatividad de la misma. Pero este consensualismo se distancia radicalmente del voluntarismo clásico, pues rechaza los planteamientos formalistas de éste para buscar los contenidos reales. Ciertamente, la individualización de la participación en el proceso nomogenético adquiere así una importancia renovada. Pero, desde esta perspectiva, la costumbre ya no consistiría tanto en un supuesto “pacto tácito” (concertación de voluntades) cuanto en la convergencia de las posiciones unilaterales⁵².

De tal manera, la profesora Huesa identifica una variación en la forma en que actualmente opera la voluntad individual del Estado como componente normativo, variación que hasta cierto grado facilita identificar el surgimiento de nuevas normas consuetudinarias. Desde esta perspectiva, concluye su análisis en los siguientes términos:

Ello explica que la opinio iuris individual de los Estados no se diluya en la conciencia jurídica general o común, tal y como ha demostrado el Tribunal de la Haya en el reciente asunto de las actividades militares y para militares en y contra Nicaragua. En lugar de difuminarse, la distinción entre la convicción jurídica individual y la opinio iuris general se ha vuelto más nítida, en la medida en que una y otra cumplen diferente función. La primera consiste en la participación o contribución de un Estado en la segunda: significa el reconocimiento unilateral de una norma jurídicamente obligatoria, y cumple la función de corroborar el consentimiento del Estado que le hace oponible dicha norma. La segunda es el consenso general sobre la juridicidad de la misma, la

⁵² Rosario Huesa Vinaixa, *Op. Cit.*, pp. 192-193.

“cristalización” de los consentimientos individuales sobre esta particular cualificación de la norma...”⁵³.

Como señala la profesora Huesa, la voluntad individual no desaparece, sino que se incorpora a un consenso colectivo que brinda contenido real a la norma en cuanto refleja lo deseable para la sociedad internacional. Este tipo de visión colectiva invita a pensar de nuevo en una comunidad internacional en vez de en una mera sociedad. Incluso, permite apreciar que la dinámica de interacción moderna de los agentes internacionales ha provocado mutaciones significativas en la manera de generar obligaciones internacionales, en cuanto a que registra exitosamente el papel del consentimiento estatal en los procesos normativos internacionales, confirmando así la importancia de la presencia de la voluntad del Estado en éstos.

Por su parte, Andrew Guzman y Timothy Meyer⁵⁴ describen una visión de la generación de obligaciones internacionales en donde éstas están basadas no en el consentimiento de los Estados, sino en las expectativas que generan al resto de estos sujetos sobre si una obligación es imperativa para un Estado o no. En este escenario, el consentimiento tiene importancia solo en cuanto a que representa una señal clara sobre el comportamiento futuro de los actores involucrados. La visión que presentan los citados autores es una donde las obligaciones internacionales no están claramente delimitadas y por ende algunas tienen más fuerza que otras. En este escenario, la costumbre ha evolucionado de tal manera que para tener claridad de las expectativas que genera ha sido necesario codificarla por medio de tratados que brinden certeza y seguridad jurídica a los miembros de la sociedad internacional. Así, lo anterior es una consecuencia lógica de la heterogeneidad que caracteriza a la sociedad internacional actual en donde la antigua forma de operar de la costumbre ya no satisface las necesidades de ésta. De este modo, lejos de relegarse, la costumbre ha adquirido nueva vitalidad y relevancia ya que permite a los Estados expresar claramente sus expectativas e incluso, obligar a aquellos que no pertenecen a determinado tratado mediante la declaración de ciertos preceptos cómo de naturaleza consuetudinaria. Si bien no se concuerda con los citados autores en que son las expectativas y no el consentimiento de los Estados *per se* el elemento vinculante de la norma consuetudinaria, su enfoque

⁵³ Rosario Huesa Vinaixa, *Op. Cit.*, p. 193.

⁵⁴ Andrew Guzman & Timothy Meyer, “Customary International Law in the 21st Century”, en Russell A. Miller & Rebecca M. Bratspies (eds.), *Progress in International Law*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), pp. 197-217.

parece parcialmente adecuado en cuanto a que hoy día se requiere algo más que el simple y llano consentimiento de los Estados para identificar la existencia de una obligación. No obstante, se considera que la voluntad del Estado sigue ocupando un papel preponderante en cuanto que contribuye a la preservación del principio de soberanía e igualdad de los Estados.

Lo anterior nos lleva a las siguientes interrogantes: ¿Podría ser de otro modo? ¿Podría una sociedad que se considera comienza a mostrar atisbos de convertirse en comunidad internacional desplazar a un segundo plano el protagonismo de sus principales Miembros en la producción de normas internacionales? Una respuesta positiva parece eludir la lógica puesto que la noción de comunidad implica participación. De tal forma, un ambiente que tienda a la defensa de valores comunes debe aspirar a ser inclusivo, máxime, democrático. Si bien la oposición en ciertos círculos previene el que pueda afirmarse categóricamente la existencia de tal comunidad internacional –tema en el que profundizaremos más adelante–, parece evidente el surgimiento de una conciencia global y por ende el creciente entendimiento de la necesidad de modificar las estructuras internacionales de acuerdo con dicha conciencia. Sin embargo, resulta paradójico que en una sociedad compuesta por elementos que en su jurisdicción interna abogan por la consolidación del principio democrático, algunos de estos pugnen en el ámbito internacional por métodos de gobernanza que en aras de lograr una mayor efectividad fomentan la segregación de la mayoría de sus miembros en la toma de decisiones que finalmente afectaran a la colectividad.

Esto es, a mi juicio, parte de la problemática que conlleva el ejercicio de facultades legislativas por parte del CS. En este sentido, se considera que, si bien es cierto que el desarrollo de tales poderes ha ocurrido bajo esquemas que, por lo menos, resultan discutibles desde el punto de vista del apego a la legalidad a la CNU; no es menos cierto que este tipo de acciones pudieran llegar a convalidarse mediante la aquiescencia de los EMNU. Dicho sea de otro modo, las estructuras actuales del CS permiten identificar la presencia del consentimiento estatal en la emisión de las resoluciones legislativas del CS, si bien en un estado considerablemente diluido. No obstante, todavía, se aprecia que el tipo de acciones en comento adolecen de falta de legitimidad puesto que han sido emprendidas en nombre de la comunidad internacional, aun y cuando esta, ha sido mayoritariamente excluida de su conformación. Sin embargo, las mismas estructuras normativas que permiten convalidar la legalidad de las resoluciones legislativas del CS

a través de tenues manifestaciones consensuales por medio de la aquiescencia, posibilitan a los Estados miembros de la comunidad internacional a tomar acciones - como pudieran ser el control de legalidad indirecto a las resoluciones del CS-, que parecen confirmar la existencia de una comunidad internacional emergente. De tal manera, se pretende demostrar que, ante las acciones expansivas del CS, los Estados no han respondido mediante una postura eminentemente deferencial hacia el CS, sino que, por el contrario, han emprendido acciones que reafirman su condición de Miembros de la comunidad internacional, en cuanto que, por medio de estas, eligen sumarse al desarrollo normativo emprendido a nivel Naciones Unidas del cual, discutiblemente, inicialmente fueron excluidos.

Aunque se reconoce que el sistema jurídico internacional evoluciona en una dirección que lo distancia de su base consensual, se encuentra preocupante que en múltiples ocasiones dicha evolución se ha realizado de manera un tanto arbitraria – puesto que ha sido dirigida por un puñado de Estados poderosos- y en otras tantas socavando los principios fundamentales de la ONU. Si bien en su momento la creación de Naciones Unidas representó una trascendente cesión de soberanía para sus Estados fundadores –y posteriormente para todos aquellos que se adhirieron a la Organización- en aras de mantener la paz y la seguridad internacionales⁵⁵, también lo es que la CNU otorga un lugar preponderante a los principios de igualdad soberana⁵⁶ y de libre determinación de los pueblos⁵⁷. Más aún, por medio del artículo 1.4 de la CNU la ONU se reconoce a sí misma como un foro de negociaciones en cuanto a que establece como uno de sus principios “[s]ervir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones para alcanzar estos propósitos comunes”.

⁵⁵ El artículo 1.1 de la CNU establece el primer propósito de la ONU: “Mantener la paz y seguridad internacionales, y con tal fin, tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos a la paz, y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de justicia y el derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamiento de la paz;”.

⁵⁶ El artículo 2.1 de la CNU establece que: “La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros”. Además, el artículo 2.7 reza: “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.”.

⁵⁷ El artículo 1.2 de la CNU establece como segundo propósito de la Organización: “Fomentar entre las naciones, relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos y tomar medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;”.

Lo anterior parece importante puesto que de lo que en su momento fueron innovaciones plasmadas en la CNU se derivan vicisitudes trascendentes para los procesos de creación normativa del Derecho Internacional que van de la mano con el alargamiento de competencias de la ONU y la proliferación de organismos surgidos bajo su amparo. No se intenta defender una interpretación estática de la CNU cuando ya desde la época de la CPJI era reconocido el carácter evolutivo de los tratados constitutivos en pro de la funcionalidad de la organización⁵⁸. Sin embargo, lo que interesa subrayar es que todo incremento de poderes de cualquier OI debería de ser acorde con sus propósitos y en ningún momento rebasar lo permitido y necesario por su instrumento constitutivo. De tal forma, durante la segunda mitad del siglo pasado y lo que ha transcurrido del presente se han desarrollado mecanismos de creación normativa que de cierta forma parecen romper el molde tradicional del llamado Derecho Internacional clásico puesto que atenúan considerablemente el rol del consentimiento como base de las obligaciones internacionales, al mismo tiempo que de alguna u otra manera permanecen dentro los lineamientos del modelo clásico que se ha venido describiendo. No es el caso de la actividad legislativa del CS de la ONU, Órgano que mediante la emisión de resoluciones que imponen obligaciones atemporales, generales y abstractas⁵⁹, amenaza con traspasar no sólo la línea de lo permisible por el Derecho Internacional, sino también de lo establecido y necesario en la CNU para poder dar cumplimiento a los fines y propósitos de la Organización.

1.2.3 La Globalización como Desafío al Consentimiento

De acuerdo con Prosper Weil⁶⁰, a pesar de la profunda transformación sufrida por la sociedad internacional tras la Segunda Guerra Mundial las funciones del Derecho Internacional siguen siendo las mismas que tenía desde sus inicios. A grandes rasgos, dichas funciones son: primero, asegurar la convivencia entre los Estados soberanos con miras a reducir las condiciones anárquicas en que interactúan y, segundo, regular la convivencia entre entidades dispares que componen una sociedad pluralista. Además, siendo que en la actualidad la cooperación entre Estados es vista por la sociedad

⁵⁸ *Competencia de la Organización Internacional del Trabajo para Regular Incidentalmente el Trabajo Personal del Empleador*, Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie B-No. 13, Julio 23 de 1926, p. 18.

⁵⁹ José E. Alvarez, *Op. Cit.*, p. 825.

⁶⁰ Prosper Weil, "Towards Relative Normativity in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 77, n° 3, 1983, pp. 419-421.

internacional como un deber y el derecho a disentir se estima como una atribución positiva de la soberanía, Weil lleva su argumento hasta el punto de afirmar que en ausencia del voluntarismo el Derecho Internacional no estaría cumpliendo sus funciones. Para el citado autor la heterogeneidad que caracteriza a la sociedad internacional, lejos de ser un obstáculo para la creación normativa es una característica esencial del sistema internacional, razón por la cual deben de preservarse los métodos tradicionales de producción normativa que dotan al Derecho Internacional de un carácter positivo, mismo que resulta fundamental para mantener la neutralidad que éste requiere para cumplir sus funciones.

Al tomar en cuenta tales consideraciones, puede constatarse que la visión de acuerdo a la cual el Derecho Internacional ha evolucionado considerablemente hasta el punto de necesitar una reorganización jerárquica que lo asemeje a los sistemas jurídicos estatales no goza de aceptación universal. Por otro lado, puede considerarse que la estructura actual del Derecho Internacional –aún cimentada sobre el consentimiento Estatal como base normativa- resulta insuficiente para regular un sistema que, además de mantener su carácter siempre evolutivo, se encuentra de pronto transformándose a una velocidad inusitada por causa de la globalización. En lo particular, se comulga con aquellas posturas a través de las cuales se advierte que, pese a que efectivamente el consentimiento protege tanto a los intereses del Estado como a la noción de soberanía, éste debe de ser moderado en cuanto a que puede ser un factor que contribuya a mermar los esfuerzos de utilizar el Derecho Internacional como una herramienta para resolver los grandes problemas del mundo. Desde esta óptica, un compromiso excesivo con el consentimiento representa un problema debido a que dificulta las negociaciones entre los Estados lo que puede conducir a la celebración de acuerdos vagos o ambiguos. Andrew Guzman, observa que este es un problema que a menudo se ignora en la literatura, mientras que, por el contrario, las bondades de un sistema basado en la voluntad estatal en aras de la protección de la soberanía son frecuentemente exageradas⁶¹.

Al considerar el argumento presentado por Guzman nos surge la siguiente interrogante: ¿Ha llegado un punto en que los cambios estructurales en la sociedad internacional se desarrollan con una velocidad tal que las instituciones tradicionales del

⁶¹ Andrew T. Guzman, “Against Consent”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 52, n° 4, 2012, pp. 749-751.

Derecho Internacional corren el riesgo de volverse obsoletas para enfrentar los retos actuales y futuros? Después de todo, tal y como señala el profesor Celestino del Arenal⁶², la globalización ha propiciado el surgimiento de un nuevo modelo de sociedad internacional totalmente distinto de aquel conformado a principios del Siglo XX dentro de la cual se han generado retos de dimensiones totalmente disímiles, para los que se requieren instituciones nuevas, capaces de lograr una gobernanza acorde a los altos niveles de interdependencia imperantes en la actualidad. Sin embargo, tal y como advierte el propio Arenal, pese a las transformaciones radicales que le han ocurrido, la sociedad internacional todavía se desenvuelve en medio de un ámbito de descentralización política caracterizado por la existencia de comunidades políticas independientes. En otras palabras, a pesar de su singularidad actual, ésta, sigue conservando rasgos esenciales del sistema westphaliano que se niegan a desaparecer, a saber, la persecución de sus propios intereses por parte de las comunidades políticas independientes denominadas como Estados. De tal forma, el Estado, aunque debilitado, continúa siendo el actor principal en el sistema internacional. Ante la complejidad de la problemática descrita, Arenal sugiere la construcción de estructuras democráticas a nivel supranacional puesto que una globalización sin Estado, y sin normas ni regulación, está destinada a ser controlada por los poderosos.

En definitiva, no parece que los mecanismos tradicionales de creación normativa del Derecho Internacional se encuentren al borde de la obsolescencia. Sin embargo, tampoco se juzga que un conservadurismo extremo sea útil a la consecución de los fines de esta disciplina con todo y los desafíos modernos que esto implica. De tal suerte, mientras que por un lado se concuerda con Guzman en cuanto a que una modulación del consentimiento en los procesos de producción normativa del Derecho Internacional puede resultar benéfica, al mismo tiempo resulta imperativo considerar lo expuesto por el profesor Arenal y subrayar la importancia de que dicha modulación se de en un contexto democrático e inclusivo. Para la sociedad internacional, lo anterior significa el respeto por la igualdad soberana y la oportunidad de participar en los procesos de creación normativa. Lo anterior solo puede ser posible dentro de un marco de certeza y

⁶² Celestino del Arenal, "Mundialización, Creciente Interdependencia y Globalización en las Relaciones Internacionales", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, pp. 258-260.

seguridad jurídica que únicamente consigue asegurarse mediante la búsqueda de la neutralidad que brinda el derecho positivo.

Sin embargo, determinar hoy en día en el ámbito internacional lo que constituye ese derecho positivo parece ser más complicado que en cualquier otra época. Aparentemente las normas internacionales ya no se crean enteramente con base a la voluntad de los Estados, sino que incluyen componentes sociales que reflejan los valores que son considerados en alta estima por la sociedad, lo cual, ha dado lugar, por lo menos en teoría, a que se considere cierta relatividad en el Derecho Internacional mediante la introducción de la jerarquía en las normas internacionales a través del *jus cogens*⁶³. Es en este contexto, donde se han desarrollado las llamadas formas “no consensuales” de creación normativa en el Derecho Internacional, mismas que se explorarán en la siguiente sección y que serán de utilidad para aproximarnos a la actividad legislativa del CS, así como para determinar si es o no posible hablar de legislación en el ámbito internacional.

El surgimiento de las normas de *jus cogens* y su subsecuente aceptación por parte de los Estados son factores que pueden, hasta cierto punto, ser considerados como indicios de una tendencia normativa internacional que pretende alejarse del consentimiento. Sin embargo, como ya se ha señalado, esta idea no goza de aceptación universal y más aún; incluso tomándola por cierta, su existencia implicaría únicamente una limitante de especie constitucional a la voluntad estatal ceñida a los elusivos parámetros que ofrece el muy reducido catálogo de normas imperativas de Derecho Internacional. Por lo tanto, no puede afirmarse categóricamente que la presencia de las llamadas normas perentorias represente la mayor amenaza a la permanencia de un ordenamiento jurídico basado en el consentimiento. Entonces, si bien la aparición de dichas normas resulta interesante en cuanto a que evidencia tendencias evolutivas en la generación de obligaciones internacionales, un desafío más concreto al consensualismo proviene de otro tipo de estructuras normativas cuya composición posibilita la apreciación de instituciones a las que pueden denominarse como “Formas no Consensuales de Producción Normativa” y que revelan una separación mucho más tajante de los procesos tradicionales de creación normativa internacional de la que se han podido apreciar hasta ahora a través del análisis de las normas de *jus cogens*.

⁶³ Hazel Fox, “Peremptory Norms: Is there a Need for New Sources of International Law?”, en Matthew Craven, Malgosia Fitzmaurice & Maria Vogiatzi (eds.), *Time, History and International Law*, (Dordrecht: Martinus Nijhoffs Publishers, 2007), pp. 119-120.

Nico Krisch⁶⁴, asegura que, aunque el consentimiento ha sido sorprendentemente resistente a los ataques sufridos en los últimos tiempos es posible identificar un movimiento significativo del orden jurídico internacional que se aleja cada vez más de este. De acuerdo con Krisch, los desafíos al consensualismo que inicialmente surgieron en relación con las tendencias liberales que emergieron en la década de los noventa y, que bajo la bandera de la protección a los DDHH intentaban debilitar instituciones como el Principio de no Intervención y la Inmunidad del Estado, actualmente han cambiado de enfoque adoptando la forma de consideraciones relativas a la efectividad, sobre todo en relación a la protección de los llamados *bienes públicos globales* (BPG). Así, en una época de gran interdependencia en la que imperan desafíos globales, los mecanismos clásicos de creación normativa internacional de pronto parecen inadecuados ante un nuevo tipo de problemas para cuya solución se requiere de procesos normativos más eficaces que ofrezcan la posibilidad de crear políticas comunes a una escala global lo cual, difícilmente pudiera realizarse bajo un sistema normativo al amparo total del principio consensual.

El ya citado Andrew Guzman⁶⁵ utiliza el término “Derecho Internacional no Consensual” para describir un conjunto de doctrinas y prácticas capaces de constreñir a los Estados al mismo tiempo que circundan la norma del consentimiento. Dentro de este grupo de doctrinas existen enfoques que se basan en el Derecho Internacional vinculante, a saber; el Derecho Internacional Consuetudinario, el *jus cogens*, y las resoluciones del CS en virtud del Capítulo VII. Además, existen también enfoques basado en el *soft law*; específicamente, la actividad de las OI, como, por ejemplo, las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU). En la obra citada, Guzman intenta férreamente demostrar como el consentimiento es relativo –o incluso inexistente- en estos mecanismos que finalmente generan obligaciones para los Estados. No obstante, admite, *a priori*, que estas estrategias son mejor entendidas como excepciones a la regla del consentimiento y que incluso considerándolas en conjunto, representan un pequeño desafío al requisito del consentimiento. Finalmente, cada una de estas estrategias está fuertemente restringida en su capacidad de afectar al comportamiento de los Estados y no constituye, por ende, un ataque frontal al consensualismo.

⁶⁴ Nico Krisch, “The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods”, *The American Journal of International Law*, vol. 108, n° 1, 2014, pp. 1-2.

⁶⁵ Andrew Guzman, “Against Consent”, *Op. Cit.*, p. 775.

Aunque la taxonomía sobre formas de Derecho Internacional no consensual presentada por Guzman parece un tanto diversa, se coincide con dicho autor en la existencia de este tipo de mecanismos y, sobre todo, en la calificación que en este sentido realiza sobre las resoluciones del CS basadas en el Capítulo VII. Si bien esta clase de instrumentos siempre han tenido carácter obligatorio en virtud de lo dispuesto por la CNU, mediante la introducción de una serie de resoluciones atípicas emitidas por el CS, entre las que destacan sus resoluciones legislativas, dichos instrumentos han pasado de ser meras producciones derivadas de la actividad prescrita en el tratado fundacional de la ONU propia del CS para convertirse en dispositivos de creación normativa en sí mismos que, pese a tener un alcance material limitado, jurídicamente constituyen un salto cualitativo trascendental para el Derecho Internacional.

1.3 La Delegación Internacional: El Repliegue del Estado Nación y la Erosión de Soberanía

Las resoluciones legislativas del CS constituyen un novel ejercicio en la práctica de dicho Organismo. Además, representan un incremento en el impacto que pueden tener no sólo en los compromisos internacionales de los Estados, sino en sus ordenamientos internos. En este contexto, el afirmar que la práctica del CS cambió drásticamente a raíz del fin de la guerra fría se ha convertido ya en un lugar común en la doctrina internacionalista. Por ello, habrá de prestarse especial atención a dicho fenómeno en la tercera parte de la presente disertación. Por ahora, es preciso resaltar que lo que se estima separa a las resoluciones legislativas de sus atípicas predecesoras emitidas durante el periodo referido, es precisamente su carácter general y abstracto y, además, su permanencia en el tiempo que brinda la posibilidad de ser aplicadas repetidamente en tanto a que no atienden a situaciones concretas. Así, la original tipología que presentan las resoluciones aludidas, ha permitido al CS crear regímenes de alcance global que hasta la emisión de la resolución 1373 (2001) únicamente hubiesen sido posibles por medio de la celebración de tratados multilaterales en los que tomaran parte, sin formular reserva alguna, la totalidad de los Estados que integran la ONU. De tal manera, el CS ha redefinido su responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales al tomar acciones de naturaleza preventiva y programática, muy distintas de aquellas medidas para situaciones específicas con las que tradicionalmente se asociaba a las decisiones tomadas por él en virtud Capítulo VII de la CNU.

Sin embargo, dicha ocurrencia no es producto de la generación espontánea. Para que este tipo de acciones pudieran tener lugar y aceptación en la sociedad internacional contemporánea, las OI tuvieron que ganar terreno frente al protagonismo otrora gozado por los Estados. Sirviendo como foros que aceleraron la celebración de complejos y numerosos tratados multilaterales entre los Estados, las OI poco a poco han ido superando su condición de sujetos secundarios del Derecho Internacional, hasta el punto de poder participar con cierta relevancia en la creación de las normas internacionales. Con todo, más allá del rol que actualmente ocupan como facilitadores estatales para la celebración de acuerdos inter estatales, se entiende que es principalmente a través de la figura denominada como “delegación internacional” que las Organizaciones Gubernamentales han dejado de ser instrumentales en la creación de normas para convertirse en auténticos *legisladores* del ámbito internacional.

1.3.1 El Traslado de Competencias Estatales por Medio de la Delegación Internacional

Oona Hathaway⁶⁶ concibe a las delegaciones internacionales como un subconjunto de acuerdos internacionales por medio de los cuales los Estados específicamente ceden partes de su autoridad a actores no estatales y donde, por lo tanto, los costos a la soberanía sobresalen. Siendo que la delegación internacional implica la renuncia de los Estados a realizar ciertas acciones, esta despierta preocupaciones sobre la pérdida de su autonomía. Sin embargo, dichas preocupaciones resultan exageradas en tanto que en primera instancia la naturaleza de la delegación es consensual: siendo que la delegación internacional solo puede existir en función de la voluntad estatal no debe ser vista como un ataque a la soberanía del mismo, sino como otro cauce para ejercerla. Sin embargo, lo anterior no elimina del todo las preocupaciones, ya que aun con la presencia del consentimiento al realizarse la delegación, el conflicto con la noción de la soberanía parece inevitable. Dicho conflicto, de acuerdo con la citada comentarista, se expresa claramente a través de las siguientes preguntas: ¿Quién consintió la delegación? ¿Qué sucede cuando cambian las preferencias? ¿Cuáles son las consecuencias cuando la autoridad delegada excede su alcance más allá del ámbito originalmente concedido? y, ¿Guarda alguna relevancia el que el consentimiento proviene de una asimetría en el poder?

⁶⁶ Oona A. Hathaway, “International Delegation and State Sovereignty”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 17, n° 1, 2008, p. 20.

Responder a las dos primeras cuestiones planteadas en el párrafo anterior no presenta mayores complicaciones: El consentimiento a la delegación tiene que ser otorgado por el Estado, única entidad capacitada para brindarlo a través de los cauces reconocidos por el Derecho Internacional, y; si llegasen a cambiar las preferencias de dicho Estado, este, tendría que utilizar los mecanismos existentes para manifestar tal cambio y modificar sus obligaciones, a saber, la renegociación de sus obligaciones convencionales o el intentar cambiarlas por la vía consuetudinaria. De tal forma resultan más trascendentes las últimas dos interrogantes planteadas para el problema que nos atañe debido a que, es generalmente aceptado que las OI o sus órganos subsidiarios alarguen su espectro competencial con base al principio de efectividad echando mano de las denominadas competencias o poderes implícitos⁶⁷. Aunque posteriormente se realizará un análisis minucioso del alcance de la doctrina de los poderes implícitos, por el momento basta con reconocer su existencia y el hecho de que, aunque no goza de aceptación universal, hay práctica de numerosas OI en este sentido que obligan a ver más allá de los debates doctrinales y por lo tanto a considerar su aplicación como un fenómeno concreto y común del Derecho de las Organizaciones Internacionales.

Laurence Helfer⁶⁸ aclara que, con relación a este tema, existen posturas que ni siquiera considerarían que se ha circundado o incluso relativizado el consentimiento de los Estados si un cierto organismo alargase las competencias que le han delegado. En este sentido, se dice que si bien un Estado no puede anticiparse a cada decisión individual que tomará un organismo al que le ha delegado funciones, lo que sí puede hacer es tener conciencia al participar en este tipo de acuerdos de estar consintiendo a un proceso que con el tiempo llevará a una evolución de sus obligaciones. Para Helfer, esta es precisamente una de las ventajas de utilizar mecanismos “no consensuales” de creación normativa puesto que aligeran la carga de tener que asegurar el consentimiento expreso de cada Estado ante cualquier problema que se quiera abordar. Con todo, el citado autor reconoce que, aunque este tipo de dispositivos a menudo pueden acelerar la frecuencia con que los Estados se obligan, los altos costos a la soberanía que implican pudieran llegar a aumentar el incumplimiento de aquellos Estados que considerasen que su soberanía haya sido comprometida arbitrariamente.

⁶⁷ Antonio Remiro, *Op. Cit.*, p. 150.

⁶⁸ Laurence R. Helfer, “Nonconsensual International Law Making”, *University of Illinois Law Review*, vol. 2008, Nº 1, 2007, pp. 76-77.

El escenario descrito invita a ponderar sobre una posible gobernanza internacional emergente dentro de la cual los Estados juegan un papel distinto al que desempeñaban con anterioridad. Mattias Kumm⁶⁹ advierte sobre como la manera en que se genera el Derecho Internacional hoy en día continuamente atenúa el enlace entre éste y el consentimiento estatal. Así, señala que, pese a que es imperativo que un Estado manifieste su consentimiento de obligarse al celebrar un tratado, es destacable que una cantidad significativa de estos instrumentos contienen actualmente provisiones por medio de las cuales una vez que el Estado se ha adherido a ellos, serán los propios organismos creados por el mismo tratado los que finalmente determinen cuales son las obligaciones específicas que dicho Estado deberá cumplir. Los procesos aludidos marcan el debilitamiento del alcance de la participación estatal en la generación de normas convencionales. Sin embargo, no es el único ámbito de generación normativa internacional en donde se desarrolla este fenómeno, y, quizá, tampoco el que más impacto tiene sobre la soberanía Estatal. En relación con las posibles acciones que puede tomar el CS en virtud del Capítulo VII de la CNU, Kumm sugiere que ante la creciente gama de asuntos sobre los que puede incidir el CS cada vez es más difícil distinguir un núcleo duro de soberanía que los Estados pudieran oponer ante sus acciones legislativas y jurisdiccionales que desgastan la noción de “asuntos que recaen esencialmente sobre la jurisdicción del Estado”⁷⁰. De acuerdo con el citado autor, estas acciones constitutivas de gobernanza internacional difuminan las distinciones tradicionales entre Derecho Internacional y Derechos Nacionales al punto en que difícilmente se diferencian en cuanto a su creación y aplicación excepto por el hecho de que en el plano internacional se carecen de los controles democráticos que se han desarrollado en los sistemas internos.

En este punto en el camino, resulta posible realizar una clasificación básica, pero importante, con respecto a las formas no consensuales de Derecho Internacional. Por un lado, se encuentran mecanismos en los que pese a que es posible advertir un distanciamiento importante de los procesos de producción normativa asociados con el llamado Derecho Internacional Clásico todavía es posible identificar un vínculo, si bien atenuado, entre el consentimiento estatal y la obligación al cumplimiento de la norma. En este primer grupo de dispositivos de creación normativa pudieran ubicarse las

⁶⁹ Mattias Kumm, “The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework Analysis”, *The European Journal of International Law*, vol. 15, n° 4, 2004, pp. 913-915.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 913.

acciones de aquellas OI creadas mediante regímenes convencionales que a través de una auténtica delegación cumplen de manera subsidiaria con tareas que los Estados estiman pueden cumplimentarse de manera más eficiente mediante este tipo de acciones. Por otro lado, en un segundo grupo, pudieran colocarse las acciones de aquellos organismos que valiéndose de una extensión competencial han conseguido realizar labores no contempladas en la delegación inicial atribuida en su tratado fundacional por los Estados que los crearon y que siguiendo dicho proceder han conseguido tomar decisiones en ámbitos específicos de manera autónoma circundando a los propios Estados. En este último grupo puede ubicarse al CS que mediante sus resoluciones legislativas ha sido capaz de imponer obligaciones generales, permanentes y tradicionalmente adquiridas por la vía convencional a los Estados, desapareciendo virtualmente el vínculo consensual entre dichas obligaciones y los Estados que las cumplen.

La distinción manejada puede ser considerada tenue en cuanto a que finalmente en ambos grupos se está hablando de formas no consensuales de Derecho Internacional tendientes a hacer más eficiente la creación de normas internacionales. De tal forma, es preciso resaltar que la diferencia estriba en el grado de participación –consentimiento– que tienen los Estados en la creación y utilización de los mecanismos descritos. Malgosia Fitzmaurice⁷¹ describe como uno de los fenómenos más interesantes en relación al consentimiento como base de las obligaciones internacionales el creciente “poder legislativo” que ciertas Conferencias o Asambleas de las Partes han adquirido en función de determinados tratados internacionales en materia ambiental. En este contexto, los organismos aludidos están investidos de poderes regulatorios que los facultan a tomar todo tipo de decisiones relativas a la implementación de los regímenes a los que pertenecen. Entre los mecanismos que se utilizan para tales efectos se encuentran la toma de decisiones por medio del consenso o mediante la utilización de cláusulas operativas que establecen procedimientos de tipo *opting-in* y *opting-out*. Este tipo de procedimientos desatan consideraciones relativas a la eficiencia, soberanía y legitimidad. Sin embargo, en mi opinión, difícilmente puede objetarse la presencia de dispositivos generadores de obligaciones internacionales en donde los Estados han elegido de una manera claramente identificable –el tratado– ceder una porción de soberanía utilizando vías alternas de manifestación consensual que ellos mismos han

⁷¹ Malgosia Fitzmaurice, “Consent to be Bound – Anything New Under the Sun?”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 74, no° 3, 2005, pp. 485-488.

diseñado y delimitado. En otras palabras, la participación no ya en la creación normativa *per se*, sino en el diseño del mecanismo encargado de dicha función parece esencial para garantizar la integridad del Principio de Soberanía. Tal participación, no solo asegura que el consentimiento del Estado esté presente a lo largo del proceso normativo internacional, sino que, además, lo dota de legitimidad en cuanto que lo torna más democrático.

Caso distinto es el de las resoluciones legislativas del CS en donde como se intentará constatar parece por lo menos cuestionable el tratar de acomodar las funciones legislativas del Órgano en el esquema previsto por la CNU. Así, se entiende que lo que en otro tipo de OI puede ser considerado como los albores de verdaderas instituciones de gobernanza internacional en el sentido de que se tiene en cuenta la noción de una comunidad internacional y la inclusión de sus Miembros que esta conlleva, en el ámbito de las decisiones que puede adoptar el CS en virtud del Capítulo VII de la CNU el déficit democrático que naturalmente conlleva la composición misma del órgano lo vuelve poco idóneo para ejercer funciones legislativas que no estén claramente delimitadas.

1.3.2 La Erosión de la Soberanía y el Desglose del Estado Nación

Hoy en día, es posible afirmar con seguridad que la concepción de la soberanía estatal como un atributo que permite al Estado actuar con libertad absoluta se encuentra marginada. No obstante, el Principio de Igualdad soberana sigue siendo piedra angular del sistema jurídico internacional y, por ende, un componente esencial de la producción normativa internacional que se manifiesta en la forma de voluntad estatal. Sin embargo, se encuentra que algunos de los mecanismos de creación normativa actual ponen en tela de juicio la importancia que tales paradigmas tienen en la producción de normas internacionales. Más aún, ciertos enfoques constitucionalistas sugieren que, a causa de la globalización, el Estado-Nación se ha visto rebasado en sus funciones y, por ende, es necesario que instituciones internacionales compensen su falta de capacidad para lidiar con las exigencias de una sociedad internacional pluralista y globalizada. Empero, la idea de que el Estado sigue teniendo la última palabra en cuanto a que obligaciones internacionales regirán su comportamiento con respecto a sus nacionales, así como en las relaciones con sus pares y otros actores internacionales, se niega a desaparecer.

Al respecto, Susan Strange⁷² identifica una división de opiniones entre los académicos que consideran que la sociedad humana está atravesando cambios estructurales que afectan a los Estados y la manera en que estos se relacionan entre sí, y aquellos que por el contrario consideran que el modelo westfaliano de la sociedad internacional no ha cambiado significativamente desde el Siglo XVII. En este último grupo, se ubican principalmente investigadores pertenecientes al terreno de las relaciones internacionales. Para ellos, los Estados son los actores primarios del sistema internacional que actúan de manera unitaria a través de sus gobiernos. Esta visión, presupone que el Estado es una entidad racional, que actúa en pos de un interés nacional consensuado en beneficio de su población. Asimismo, dicha población se juzga leal al Estado en cuanto a que se encuentra plenamente identificada con este. Finalmente, el paradigma descrito considera que la problemática fundamental de las relaciones internacionales es la manutención de la paz. Desde esta perspectiva, resulta entendible que el Estado sea el objeto de estudio por excelencia.

Del otro lado del espectro, Strange⁷³ ubica la visión liderada por los economistas políticos internacionales quienes consideran la existencia de otros actores internacionales que, de acuerdo con las circunstancias, pueden llegar a tener una mayor incidencia que el propio Estado en los acuerdos políticos globales. Desde esta posición, la idea de la actuación unitaria del Estado en función del interés nacional resulta absurda en cuanto a que depende totalmente del balance político interno de cada entidad. Incluso, sostienen que aquellos Estados con una base política interna no pueden responder con la misma efectividad que aquellos que gozan de una plataforma sólida. Por otra parte, la idea de que el Estado goza de la lealtad primaria de sus gobernados, argumento central para sostener la inmutabilidad del sistema internacional, no puede ser sostenida. De acuerdo con la citada autora, dicha lealtad hoy en día sólo puede encontrarse dentro de aquellos Estados cuya misma existencia peligra. En el resto, ésta se encuentra dividida entre empleadores, grupos religiosos o incluso, equipos de fútbol. Por último, frente a la postura de que la manutención de la paz debe de ser el centro de las relaciones internacionales, se encuentra el punto de vista que sostiene que la seguridad no es de ninguna manera el único asunto importante para la sociedad internacional.

⁷² Susan Strange, *The Retreat of the State. The Diffusion of Power in the World Economy*, (Nueva York: Cambridge University Press, 1996), pp. 66-73.

⁷³ *Ibid.*

Por su parte, ante los desarrollos en las disciplinas de las relaciones internacionales y las ciencias políticas que sugieren que la concentración del poder internacional ya no se encuentra en manos de los Estados, Nico Schrijver⁷⁴ identifica tres clases de desafíos a la soberanía desde la perspectiva del Derecho Internacional. En primer lugar, refiere a un tipo de desafío que describe como “de abajo a arriba”⁷⁵. En esta clasificación, la soberanía se ve amenazada por la creciente consideración internacional sobre el derecho de pueblos e individuos para determinar sus propios destinos. Consecuentemente, grupos de interés que pueden describirse como parte de la sociedad civil internacional ejercen una creciente influencia a nivel transnacional. En segundo término, identifica un desafío al que califica como “de arriba abajo”⁷⁶. Desde esta perspectiva, la libertad de los Estados para actuar individualmente se ve significativamente reducida al transferir ciertos aspectos de su soberanía a entidades internacionales como las organizaciones regionales de carácter supranacional, el propio CS, y algunos acuerdos de protección ambiental y conservación de ciertas especies. Finalmente, Schrijver habla de un desafío “desde adentro”⁷⁷ respecto al cual se considera que el Estado ha visto reducido significativamente su poder debido a una reorientación en sus políticas que obedece a la implementación de programas de liberalización y privatización. Así, al desempeñar su rol tradicional de proveedores de bienestar para sus nacionales, algunos Estados se encuentran fuertemente condicionados por las instituciones financieras internacionales.

Con todo, no debe sorprender la propuesta de que la soberanía se encuentra limitada pues tal y como señalaba Eli Lauterpacht en 1944⁷⁸ incluso en los días tempranos de la comunidad internacional no se consideraba que los Estados vivían en un orden Hobbesiano en donde únicamente el miedo y la fuerza controlaban las acciones internacionales. Incluso en un sistema que reconocía el derecho a la guerra, la soberanía era entendida como el derecho del Estado para ejercer su poder con libertad de acuerdo con el derecho consuetudinario en relación con las personas, cosas y relaciones dentro de su territorio sin el permiso de ningún otro Estado. No obstante, Lauterpacht reconocía que la libertad del Estado para actuar dentro de su territorio sin consideración alguna para el resto de los Estados más que aquellas relativas al derecho

⁷⁴ Nico Schrijver, “The Changing Nature of State Sovereignty”, *British Yearbook of International Law*, vol. 70, n° 1, 2000, pp. 75-78.

⁷⁵ Traducción libre del autor.

⁷⁶ Traducción libre del autor.

⁷⁷ Traducción libre del autor.

⁷⁸ Eli Lauterpacht, “Sovereignty-Myth or Reality”, *International Affairs*, Royal Institute of International Affairs 1944, vol. 73, no° 1, pp. 140-142.

consuetudinario ha disminuido considerablemente debido a la interdependencia. Empero, advertía que no es posible sugerir que las crecientes y diversas limitantes en cuanto a la libertad de actuación del Estado han sido marginales o incidentales. En este sentido, dichas limitaciones operan sin disminuir el carácter jurídico del Estado puesto que son adquiridas voluntariamente por este mediante compromisos cuya celebración frecuentemente le redituará algún beneficio.

De tal suerte, pudiera ser posible considerar que los debates sobre soberanía son en realidad debates sobre distribución de poder. Entendiendo a la soberanía como el poder supremo o la autoridad final para la toma de decisiones, Kal Raustiala⁷⁹ sostiene que cuando se dice que un Estado ha cedido parte de su soberanía a una OI lo que en realidad ocurre es una redistribución de poder de forma ascendente. Para el citado autor, los cambios acaecidos en la sociedad internacional junto a aquellos ocurridos en los sistemas gubernamentales internos de los Estados han comprometido ya de manera irrevocable a la soberanía. Bajo estas condiciones, la participación de los Estados en OI lejos de erosionar su soberanía, la fortalece. Así, los Estados se adhieren y mantienen en las OI precisamente por qué el objeto de estas últimas es el suministro de incentivos a los que no puede accederse de manera aislada. Para Raustiala, solo en aquellos casos en donde el Estado delega a alguna organización sus competencias de manera irrevocable implican una auténtica cesión de soberanía. En el caso contrario -que considera abarca a la mayoría de las OI- el Estado siempre retiene la capacidad última de decisión. Incluso, puede considerarse que aún en casos extremos donde el Estado desapruuebe las políticas de una determinada OI, este siempre puede optar por abandonarla si bien, como admite el citado autor, esto puede representarle altos costos.

Tomando en cuenta las perspectivas relatadas en los párrafos inmediatamente anteriores, una defensa formalista de la soberanía parece fútil. Ciertamente, se concuerda con la idea de que el poder del Estado no es ilimitado ni tampoco es deseable que lo sea. Sin embargo, parece que el aspecto más sensible de los actuales debates concernientes a la erosión de soberanía no radica en la defensa de una libertad absoluta de actuación para el Estado. Esta idea, no solo se percibe como anacrónica sino perjudicial para el Estado y sus nacionales. Actualmente, un gobierno incapaz de interactuar a nivel internacional sería un gobierno que en poco pudiera contribuir al

⁷⁹ Kal Raustiala, "Rethinking the Sovereignty Debate in International Economic Law", *Journal of International Economic Law*, vol. 6, nº 4, 2003, pp. 842-852.

bienestar de sus ciudadanos. Sin embargo, lo anterior no implica que no existan aspectos cuestionables relacionados con los procesos de globalización y la redefinición del rol que ocupa en estos el Estado-Nación. Por lo tanto, si por un lado se reconoce la necesidad de reasignar competencias estatales de manera que concuerden con las exigencias de nuestro tiempo, por otro, se considera que esto requiere un mayor escrutinio de las condiciones en que se realiza tal reacomodo. Por ello, es preciso reflexionar sobre lo que se juzga como el punto más problemático en las discusiones sobre soberanía, a saber, la igualdad soberana entre los Estados.

De forma paralela al incremento en la cantidad y profundidad de reglas promulgadas por las OI ha aumentado el grado de desigualdad entre los Estados que las componen. Los mecanismos regulatorios basados en la unanimidad, en donde cada miembro de la organización contaba con un voto individual son cada vez menos frecuentes. Por el contrario, pese a la habitualidad de toma de decisiones por la vía del consenso, se aprecia un incremento en la adopción de sistemas diseñados para la protección de los intereses de ciertos Estados o grupos de Estados, como pueden ser aquellos que funcionan mediante el voto ponderado o los de mayorías funcionales. El ejemplo por antonomasia de este tipo de mecanismos es precisamente el sistema de votación del CS, por lo menos cuando se vota en relación a cuestiones que no son de procedimiento, las cuales requieren para su adopción del voto afirmativo de nueve Miembros -de entre un total de 15-, incluso los votos afirmativos de todos sus Miembros Permanentes. De forma similar, el Fondo Monetario Internacional (FMI) adopta decisiones a través de un sistema de votación ponderado. De tal suerte, en el FMI, el número de votos de cada Estado Miembro se determina en función de sus contribuciones a la organización, así como de acuerdo a la estabilidad de su divisa⁸⁰. Acordemente, pudiera inferirse que los incentivos que conlleva el adherirse a una OI no se perciben de forma igualitaria, incluso similar, por todos los Miembros. De tal modo, aunque sería ingenuo argumentar en favor de un sistema internacional altamente igualitario, en cuanto a que nunca ha existido realmente, se estima que el carácter sacramental que con el tiempo ha adquirido el Principio de Igualdad Soberana en el Derecho Internacional, se debe en gran parte a

⁸⁰ Jan Klabbbers, *An Introduction to International Institutional Law*, (Nueva York: Cambridge University Press, 2002), pp. 230-232.

la defensa que de este han hecho no pocos Estados que lo perciben como una suerte de armadura protectora ante las posibles inequidades de la arena internacional⁸¹.

Al respecto, R.P Anand⁸² relata como en el contexto de la ONU se han asociado nuevos significados⁸³ al concepto de igualdad soberana, especialmente por parte de los Estados pequeños y en vías de desarrollo. De tal manera, en la medida en que dichos Estados fueron incrementando sus números en la Organización, lo mismo aconteció con sus demandas de una concepción más amplia de soberanía consistente en el reconocimiento de un derecho a la explotación de sus propios recursos sin coerción alguna. De la misma forma, los nuevos Estados entendieron que la soberanía conlleva el derecho a participar en la vida internacional en igualdad de condiciones ante las OI, conferencias y tratados multilaterales; lo mismo que en la creación y reforma del Derecho Internacional. Así, aunque dicho alcance del concepto de soberanía fue descalificado por las potencias que en función de sus intereses preferían interpretaciones más tradicionales –o moderadas- del mismo, los Estados en vía de desarrollo aprovecharon las condiciones sociopolíticas de su tiempo, así como sus grandes números, para influenciar a la sociedad internacional y por primera vez, globalizarla. De tal manera, dichos Estados, muchos de los cuales surgieron y desarrollaron a la par de la ONU, se valieron de la parálisis sufrida durante la guerra fría por el CS para, a través de la AGNU –órgano que las potencias inicialmente concibieron como de relativa importancia-, mejorar su posición en una sociedad internacional que los había mantenido en un estado de subordinación.

⁸¹ Benedict Kingsbury, "Sovereignty and Inequality", *European Journal of International Law*, vol. 9, nº 4, 1998, p. 611.

⁸² R.P. Anand, *Sovereign Equality of States and International Law*, (Delhi: Hope India Publications, 2008), pp. 110-118.

⁸³ R.P. Anand analiza las ideas tradicionalmente asociadas al principio de igualdad soberana desde tres dimensiones: igualdad ante la ley, igualdad de derechos, e igualdad para propósitos de creación normativa. La primera dimensión implica que los Estados deben de gozar de la misma protección para el ejercicio de sus derechos y que por ende están igualmente constreñidos al cumplimiento de sus obligaciones. Aunque universalmente aceptada, esta premisa resulta un tanto vacua puesto que, dado su estado actual de desarrollo, el Derecho Internacional carece de mecanismos adecuados para su efectivo y cabal cumplimiento. El segundo planteamiento puede considerarse como una mera expresión redundante del principio de legalidad puesto que significa que, en situaciones iguales, los Estado deben tener los mismos derechos y obligaciones. Evidentemente, esto resulta en una tautología puesto que puede sostenerse incluso en las condiciones más desiguales en donde Estados con capacidades reducidas luchan constantemente por alcanzar al resto. Finalmente, en relación con la igualdad para propósitos de creación normativa, Anand comenta que con anterioridad a 1919 la regla general para la celebración de acuerdos internacionales era la unanimidad. Empero, a partir de la creación de Sociedad de Naciones han aparecido y se han ido expandiendo mecanismos de votación mayoritaria dentro de las OI que han sido justificados bajo la hipótesis de que no hay nada que impida a un Estado voluntariamente limitar su libertad para acordar entrar a una organización donde las decisiones se toman por mayoría. Véase, *Ibid.* Pp. 97-107.

Ante el escenario descrito, la idea de que mediante su participación en las OI los Estados refuerzan su soberanía parece acertada. Sin embargo, esta aseveración debe matizarse puesto que la capacidad de acción que estos han tenido y pueden llegar a tener en la AGNU es limitada. Finalmente, pese a que sin duda alguna dicho Organismo ha dado a los Estados menos favorecidos una presencia que difícilmente podrían tener fuera de este, el carácter recomendatorio de las resoluciones que adopta –aun considerando la posibilidad de que estas pueden adquirir carácter vinculante por vía consuetudinaria-, así como la plétora de temas que aborda, devengan en que la AGNU no sea la vía más efectiva para la realización de cambios concretos en el sistema internacional, cuantimás en el terreno económico. Con todo, no debe minimizarse la importancia de este y otros organismos con sistemas de votaciones que, si bien abandonaron el antiguo sistema de la unanimidad, mantuvieron el modelo de “un voto por Estado”, puesto que pueden llegar a constituir –sobre todo en el caso de la AGNU- auténticos contrapesos jurídico-políticos frente a aquellos entes cuyos sistemas de decisión ponderados reflejan la jerarquía de unos Estados frente a otros en la sociedad internacional.

La presencia de jerarquías dentro de la sociedad internacional es un fenómeno probablemente tan antiguo como la sociedad misma. Empero, actualmente no puede pensarse que todas las adversidades que enfrentan los Estados tienen que ver con los malos manejos de Estados hegemónicos en aras de intereses imperialistas. En este contexto, Susan Strange⁸⁴ advierte que la preocupación excesiva –incluso obsesiva- con el papel que juegan las potencias hegemónicas en el sistema internacional ha derivado en una negligencia de todas las otras cuestiones relacionadas con la naturaleza y el uso del poder a escala mundial. Para la citada autora, el aumento de conciencia en cuanto a una creciente desorganización en el sistema internacional ha generado intranquilidad en los científicos sociales quienes, acostumbrados a asociar el poder con sujetos concretos, se esfuerzan por entender la influencia que sobre este poseen entes abstractos como son los mercados. De forma similar, se entiende que, en el campo del Derecho Internacional, dicha ansiedad se manifiesta en la búsqueda de sistemas normativos mediante los cuales se pueda identificar con seguridad a los creadores de normas y en el anhelo por el desarrollo de sistemas de rendición de cuentas capaces de fincar responsabilidad en los actores relevantes.

⁸⁴ Susan Strange, *Op. Cit.*, p. 21-30.

No obstante, tal y como señala Paul B. Stephan⁸⁵ tampoco es nuevo el fenómeno de que las entidades internacionales circunden a los Estados soberanos en la promulgación de reglas que gobiernan áreas particulares del comportamiento humano. Como ejemplo, señala que, sobre el final de la edad media, antes del ascenso del estado-nación moderno, la mayoría de las normas que gobernaban al comercio internacional surgían por medio de comunidades autónomas actuando al margen de una autoridad soberana en particular. Incluso, una vez que los Estados evolucionaron en legisladores efectivos, sus cortes, en ausencia de leyes promulgadas para tales efectos, continuaban validando las normas internacionales como parte de su derecho consuetudinario. Sin embargo, Stephan observa que el proceso moderno difiere del antiguo en al menos dos aspectos. Primero, los organismos internacionales que hoy en día circundan al Estado están dotados de estructuras mucho más formales que aquellas que tenían las asambleas que creaban, así como las de las cortes que recibían las reglas de comercio internacional. Segundo, mientras que el proceso antiguo operaba en un vacío respecto a la autoridad nacional, el proceso moderno se desarrolla en un contexto donde el Estado-Nación posee una fuerza regulatoria capaz de alcanzar a la gran mayoría de las transacciones privadas.

Mientras que antaño el Estado tenía la capacidad de discernir sobre cuales normas sancionar internamente y cuáles no, en la actualidad existen instituciones internacionales que en determinadas áreas limitan considerablemente dicha capacidad. Además, si la creación de normas internacionales en tiempos lejanos se desarrollaba en espacios libres del poder estatal, hoy en día la tendencia señala que esta ocurre en suplantación del poder soberano del Estado. Finalmente, el aumento en el grado de institucionalización de este tipo de creación normativa resulta en un esquema en el cual aquellas personas que serán directamente impactadas por las reglas en cuestión no podrán influenciar su contenido a través de canales de expresión adecuados, ni tampoco prevenir su aplicación por medio de procesos electorales. Desde esta perspectiva, el proceso normativo internacional sufre de una mayor ausencia de responsabilidad que su contraparte doméstica⁸⁶.

⁸⁵ Paul B. Stephan, "The New International Law- Legitimacy, Accountability, Authority and Freedom in the New Global Order, *University of Colorado Law Review*, vol. 70, nº 4, 1999, pp. 1560-1561.

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 1561-1562.

Esta preocupación, tratada por la doctrina en gran medida con respecto a la actividad de las instituciones financieras internacionales se extiende a todo tipo de organizaciones, agencias o regímenes convencionales cuyas decisiones tengan la capacidad de rodear la actividad normativa estatal. De tal manera, a medida que dichas entidades asumen un papel más importante en cuestiones de gobernanza, los cuestionamientos acerca de legitimidad van en aumento. En la mayoría de los casos, los oficiales a cargo de tales instituciones son representantes burocráticos de sus gobiernos únicamente responsables de manera indirecta ante el electorado de sus países. Si bien existen otros mecanismos de responsabilidad distintos al electoral, las sociedades occidentales se han acostumbrado a las elecciones democráticas como la fuente primaria de legitimidad para sus instituciones gubernamentales. En este sentido, puede considerarse que la distancia entre las decisiones tomadas por los organismos internacionales y los procesos electorales disminuye la legitimidad de las primeras. Tal situación, se agrava cuando se considera que las instituciones o acuerdos internacionales restringen o interfieren con la función nuclear regulativa del Estado, especialmente en aquellas situaciones en que este se encuentra sujeto a decisiones que no consintió *ex ante* o, en circunstancias donde la autoridad para tomar decisiones se ha trasladado a agencias internacionales resultando en una redistribución del poder otrora localizado en la colectividad de Estados hacia funcionarios civiles, como es el caso del Banco Mundial (BM) y FMI⁸⁷.

Por otro lado, hay quienes⁸⁸ consideran que proclamar la muerte de la soberanía e incluso el desvanecimiento del Estado-nación es, cuando menos, prematuro. En este sentido, si bien el entendimiento de soberanía difiere considerablemente de aquel que se tenía a mediados del Siglo XVII, el núcleo duro del concepto no ha cambiado, simplemente ha sido calificado. De tal suerte, se considera que el Estado sigue siendo el principal arquitecto y ejecutor de las reglas que surgen a nivel internacional. David Held⁸⁹ aborda esta problemática desde una perspectiva evolutiva en donde tres distintos modelos de soberanía coexisten y se solapan constituyendo un sistema multidimensional que aún no termina de definirse. El primero de los modelos es por

⁸⁷ Michael A. Livermore, "Authority and Legitimacy in Global Governance: Deliberation, Institutional Differentiation and the Codex Alimentarius", *New York University Law Review*, vol. 81, n° 2, 2006, pp. 778-779.

⁸⁸ Nico Schrijver, *Op. Cit.*, pp. 65-98.

⁸⁹ David Held, "Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty", *Legal Theory*, vol. 8, no° 1, 2002, pp. 1-17.

supuesto el correspondiente al régimen de la soberanía clásica. Dicho modelo, implica la libertad del Estado en la constitución de sus relaciones político-económicas y se asocia con la cristalización del Derecho Internacional como un derecho interestatal. Dichas características, implicaban cuatro corolarios importantes, a saber: los jefes de Estado podían celebrar acuerdos con sus pares independientemente de su estatus constitucional, el Derecho Internacional permanecía indiferente a la forma de organización política, existía una disyuntiva entre la organización interna y externa del Estado y, se procuraba la deslegitimación de grupos y actores no estatales que buscaban contender las fronteras territoriales. El segundo modelo, llamado de la soberanía liberal internacional, se asocia con las olas de democratización interna que ocurrieron en los Estados tras la Segunda Guerra Mundial y que tuvieron un efecto derrame al plano internacional. Bajo este modelo, ocurre un cambio en el concepto de autoridad legítima que anteriormente se basaba en el control efectivo. Así, la autoridad pasó a significar que ningún agente o representante del Estado debía romper con ciertos principios y estándares. Tal cambio paradigmático se reflejó en áreas sensibles como las reglas de guerra y armamento, los crímenes de guerra y el rol del individuo, los DDHH, la democracia y los derechos de los grupos minoritarios, así como en el Derecho Ambiental. De acuerdo con Held, esto no significó el fallecimiento del Estado o incluso la erosión de sus poderes, sino más bien una reconstitución y reconfiguración de sus capacidades.

Pese a los efectos positivos que ha tenido la reconfiguración de las capacidades del Estado de acuerdo con el modelo de soberanía liberal internacional, Held⁹⁰ identifica serias dificultades⁹¹ asociadas con este que indican una falta de uniformidad en el impacto provechoso que ha tenido para con los diversos Estados. Esta situación, tiene su génesis en los procesos globalizadores que continuamente nos enredan en comunidades

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 20-24

⁹¹ Held identifica como dificultades asociadas al modelo de la soberanía liberal internacional las siguientes: la exportación a lo largo del planeta de los riesgos más significativos de la industrialización occidental; la falta de responsabilidad producto del solapamiento de fuerzas no estatales capaces habilitar el flujo transfronterizo de poder y recursos al margen del control democrático del Estado; la insuficiencia de las organizaciones gubernamentales –en especial las económicas– para resolver efectiva y legítimamente aquellos asuntos cuya complejidad trasciende las fronteras debido a que su funcionamiento se rige por intereses geopolíticos y geoeconómicos cuya finalidad principal es asegurar ajustes flexibles dentro de y para la economía internacional; la falta de legitimidad de dichas instituciones producto de largas cadenas delegacionales en donde la base de la representación es poco clara y los mecanismos de rendición de cuentas manejados por la élites son débiles y opacos; deficiencias en la implementación y ejecución de los DDHH y; el crecimiento masivo en la desigualdad de poder y recursos entre los Estados y las personas del mundo, véase, *Ibid.*, pp. 20-22.

superpuestas de intereses. Ante este dilema, Held introduce su tercer modelo de soberanía: la soberanía cosmopolita. En primera instancia, la soberanía cosmopolita asume la existencia de valores fundamentales que fijan límites que ningún agente, sea este representante de un gobierno, un Estado, o asociación civil debería de ser capaz de transgredir. Este enfoque considera a cada persona como un individuo o como un miembro de la humanidad en su conjunto. Por ende, los valores aludidos reflejan la creencia de que cada persona es igual y que por lo tanto merece un trato político equitativo basado en igual consideración de la agencia que lo representa, independientemente de su comunidad de origen. Así, el modelo de la soberanía cosmopolita se presenta como una alternativa para salvar la distancia entre el modelo clásico y el liberal internacional a través de la regulación política y creación normativa que trasciende los intereses del Estado-nación operando en el espacio entre el derecho doméstico, que regula las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos, y el Derecho Internacional que aplica principalmente a relaciones interestatales.

Como puede apreciarse, los debates actuales sobre soberanía estatal se encuentran íntimamente ligados a los procesos cambiantes de creación normativa internacional. Asimismo, se observa que las posturas se encuentran divididas entre aquellos que perciben dichos cambios como parte de un desarrollo tendiente a la consolidación de un régimen internacional basado en la cooperación, y aquellos que, por el contrario, observan una centralización del poder que amenaza con socavar la igualdad soberana del Estado en detrimento de su población. Para este último grupo, la soberanía representa una última línea de defensa ante lo que juzgan como institucionalización de la hegemonía. Entorno al escenario descrito, los procesos de producción normativa internacional se han transformado de forma paralela a la proliferación de la OI. De tal manera, a continuación, se analizará el papel preponderante que han tenido dichas entidades en los procesos de cambio que se han venido describiendo.

2. Las Organizaciones Internacionales: De Foros Interestatales a Agentes Normativos dentro de un Esquema Constitucionalista Internacional Imperfecto

El desarrollo de formas no consensuales de Derecho Internacional está íntimamente asociado como la dispersión de las OI, así como con el aumento significativo en la versatilidad de sus objetivos. Debido a la globalización, al incremento considerable en

el número de Estados y, a la creciente interdependencia entre éstos; las OI se han convertido en los foros para excelencia para el desarrollo multilateral del Derecho Internacional. Además, junto al papel de mesa redonda que han ostentado desde sus inicios, las organizaciones interestatales han adquirido facultades de iniciativa e incluso, discutiblemente, de legislación. Hoy en día las OI son diseñadoras e impulsoras de acuerdos internacionales, promotoras de la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional. Además, se han convertido en reguladoras de ciertas áreas específicas en donde a través de sus órganos plenarios son capaces de adoptar resoluciones vinculantes para sus Estados Miembros por medio de mecanismos normativos que no necesariamente implican el consenso o la unanimidad. Esta última faceta, ha propiciado que algunos comentaristas equiparen las actividades regulatorias de las OI con las de las legislaturas domésticas e, inclusive, que hayan llegado a catalogarlas como autoridades internacionales. En este contexto, destaca la actividad del CS, Organismo que debido a sus amplios poderes ha desarrollado la capacidad de emitir resoluciones de carácter vinculante, abstracto y general para la totalidad de EMNU sin la participación de la mayoría de éstos, suscitando consideraciones sobre si dicha Entidad pudiera ser considerada como la primera legislatura internacional.

2.1 El Creciente Protagonismo de las Organizaciones Internacionales como Agentes de Producción Normativa

La idea de un orden positivo internacional en donde el consentimiento estatal constituye el núcleo duro de las obligaciones internacionales resulta atractiva en tanto que brinda seguridad y certeza sobre la regulación de una sociedad que a menudo se percibe como anárquica. En este sentido, la doctrina clásica de fuentes se presenta como un refugio seguro al que pueden acudir los estudiosos del Derecho Internacional cuando la indeterminación hace dudar sobre la coherencia del orden jurídico internacional. Sin embargo, el aumento significativo en el número de Estados, la consideración de las OI como sujetos de Derecho Internacional, así como el grado de influencia que han adquirido en los procesos normativos internacionales entidades no estatales, ha devengado en que la teoría de fuentes se perciba como anacrónica. Actualmente, se considera que la sociedad internacional posee un carácter pluralista en donde la comunicación y coordinación entre sus distintos participantes requiere de otro tipo de

dinámica normativa. Sobre esta problemática, Michael Reisman⁹² apunta que ante la ausencia internacional de la siempre presente división tripartita aristotélica de poderes en los sistemas jurídicos internos, los internacionalistas de principios del siglo pasado se vieron en la necesidad de crear un mito análogo a esta figura, mismo que sustentaron en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ) con el fin de brindar cohesión al sistema jurídico internacional. De esta manera, se proclamó que el Derecho Internacional se forma de los tratados y la costumbre que evidencia práctica general de los Estados, considerada por estos como Derecho y que, además, las normas internacionales pueden ser inferidas de los Principios Generales de Derecho comunes a los Estados civilizados. Para Reismann, no queda claro si limitarse a estas fuentes como origen del Derecho internacional sea todavía adecuado en el mundo contemporáneo.

Sin compartir la visión de que la utilización del artículo 38 del ECIJ como recurso para identificar la génesis del Derecho Internacional constituye un mito normativo, si se comulga con la perspectiva que considera la lista en este contenida como limitada para los tiempos en que vivimos. Incluso, ya en los albores del Siglo XX era posible hablar de transformaciones importantes en el Derecho Internacional que acorde con las necesidades de una sociedad internacional totalmente mundializada en vías de globalizarse diversificarían las rutas de adquisición de obligaciones internacionales. Durante su periodo formativo, el Derecho Internacional podría caracterizarse como un “Derecho de Coexistencia” puesto que su función primordial –basada en la consecución del interés nacional- era la de mantener la existencia de un número pequeño de Estados-Nación. Junto a este Derecho de Coexistencia, anclado en el conflicto, se desarrollaba un “Derecho Internacional de la Cooperación” que responde a un cambio paradigmático en la concepción del interés nacional que en tiempos modernos se estima más realizable mediante la colaboración. Por ende, no puede afirmarse que el antiguo orden internacional haya desaparecido dando cabida al nuevo, sino que, más bien, ambos convergen en la actualidad, prevaleciendo ahora el uno, otrora el otro⁹³.

⁹² Michael Reisman, “International Lawmaking: A Process of Communication. The Harold D. Lasswell Memorial Lecture”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 75, 1981, pp. 101-102.

⁹³ Myers S. McDougal & W. Michael Reisman, “The Changing Structure of International Law: Unchanging Theory for Inquiry”, *Columbia Law Review*, vol. 65, n° 5, 1965, pp. 811-812.

2.1.1 El Estiramiento de la Analogía Federal: Perversión del Término “Legislación Internacional”

Los cambios estructurales en la sociedad internacional a los que se ha venido aludiendo sugieren una clara tendencia del Derecho Internacional hacia la cooperación. Muestra de ello es la proliferación de las OI durante el siglo pasado y el impacto que éstas han tendido en los procesos de creación normativa transformando radicalmente la manera en que los Estados –y ellas mismas- se obligan. Empero, la transformación antedicha se ha desarrollado gradualmente a lo largo del tiempo, tornándose mucho más fluida a partir de la creación de la Sociedad de Naciones, pero, sobre todo, de su sucesor, la ONU. Otro tanto puede decirse sobre los esquemas cooperativos adoptados por los Estados, en cuanto a que no son fenómenos enteramente modernos. Ya en tiempos inmediatamente post-wesphalianos se puede advertir la propagación de la figura de la conferencia *ad hoc* entre los recientemente consolidados Estados-Nación surgida de la necesidad de resolver problemas cada vez más complejos y entre mayor número de Estados que los que se enfrentaban anteriormente por medio de acuerdos bilaterales. Dichas conferencias, cuyo *modus operandi* consistía en la celebración de reuniones multilaterales cuyo resultado deseado era un tratado, labrarían el camino para el surgimiento de las primeras OI dotadas de una estructura permanente y con cierta autonomía con respecto de los Estados que las creaban. De tal forma, a lo largo del Siglo XIX surgen un número importante de asociaciones de naturaleza pública –y privada- que además de adoptar un carácter institucional comenzaron a modificar la forma de adopción de obligaciones –que bajo el esquema de las conferencias era generalmente por votación unánime- con el propósito de lograr una mayor efectividad normativa en un mundo aún no globalizado pero que debido a la industrialización requería de nuevos esquemas de coordinación⁹⁴.

Tales esquemas, vinieron a reemplazar procesos azarosos en donde la conclusión de un tratado internacional debió haber sido una tarea titánica, cuantimás si se considera que era necesario convocar a reuniones para cada problema específico y el modo *par excellence* de concretar los acuerdos era el consenso. En este sentido, la sustitución de los antiguos mecanismos propiciaría en ciertos sectores la emergencia de un nuevo lenguaje para describir al Derecho Internacional basado en una terminología que

⁹⁴ C.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, (Nueva York: Cambridge University Press, 2005), pp. 1-6.

pretendía equiparar los procesos de creación normativa del Derecho Internacional con aquellos de las legislaturas internas de los Estados. Hoy en día, la referida terminología continúa vigente –aunque su orientación y alcance han evolucionado significativamente- y es posible ubicarla dentro de lo que comúnmente se conoce como *la analogía federal*, noción que pretende concertar instituciones jurídicas de derecho interno con aquellas del plano internacional cuya composición, procesos y productos resulten más asimilables a las primeras. Como se espera comprobar en el desarrollo del presente trabajo, la doctrina se encuentra actualmente dividida con respecto a la pertinencia de utilizar la analogía federal para describir al ordenamiento jurídico internacional, teniendo como consecuencia que en algunos sectores sea bienvenida mientras que, en otros, se descarte de plano su utilidad.

No obstante, las instituciones propias de los sistemas estatales no siempre son trasladables al plano internacional y, por ello, aún en aquellos casos en que parece que los esquemas propios de los primeros son aplicables en el segundo, los iusinternacionalistas habrán de reacomodar creativamente las construcciones domésticas a fin de que puedan llegar a encuadrar en el marco jurídico internacional. Dicho fenómeno, ha propiciado el surgimiento de un grupo de escuelas que defienden la existencia de una constitución internacional al que genéricamente puede denominarse como *constitucionalismo internacional*. De acuerdo con Bardo Fassbender⁹⁵ la *Escuela de la Comunidad Internacional* es por mucho la más influyente en la literatura contemporánea, particularmente en el ámbito europeo. Aunque evidentemente existen distintas vertientes en este esquema de pensamiento, todas coinciden en la existencia de una comunidad internacional; lo que presupone asumir un acuerdo entre los Estados y demás sujetos del Derecho Internacional, que implica un consenso sobre la existencia de ciertos valores que les son comunes, así como la adopción de instrumentos jurídicos tendientes a la realización y protección de tales valores. Para Fassbender, no puede existir una comunidad -entendida como un ente particular jurídicamente hablando- sin que exista una constitución que la dote de órganos. El citado autor caracteriza a la ONU como el representante primordial a nivel institucional de la referida comunidad y a la CNU como contendora de una serie de características que la convierten en un instrumento idóneo para ser su constitución. Entre dichas características, destaca la capacidad de la CNU para proporcionar un sistema de gobierno apto para desempeñar

⁹⁵ Bardo Fassbender, *The United Nations as the Constitution of the International Community*, (Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009), pp. 174-179.

las tres funciones básicas que le son propias a estos sistemas: crear legislación, aplicarla, y decidir sobre reclamaciones legales.

Por su parte, José Enrique Álvarez⁹⁶ advierte sobre como el comparar al sistema de la CNU con los sistemas constitucionales de los Estados federados (utilizando como punto de comparación la Constitución de los Estados Unidos, señalando que la CNU es en gran parte una construcción estadounidense) deviene de interpretaciones erróneas contrarias a los propósitos establecidos en este instrumento. El citado autor, llama la atención al hecho de que el tratado constitutivo de la ONU no se redactó con la intención de crear un gobierno mundial. Mediante la creación de Naciones Unidas, los Estados que participaron en dicho proceso no estaban cediendo su soberanía a un organismo centralizado, sino creando un mecanismo que esperaban fuese efectivo para la preservación de la misma. Para Álvarez, las analogías entre sistemas domésticos y aquellos creados por las OI tan frecuentemente utilizadas son ineludibles en tanto que, si bien éstas últimas no fueron pensadas como autoridades supra gubernamentales, si han contribuido en su colectividad a redefinir lo que anteriormente se entendía por “soberanía”.

Por otro lado, algunos comentaristas no concuerdan en absoluto con la utilización de la analogía federal como un medio adecuado para la descripción del orden jurídico internacional. De tal forma, conviene reseñar la obra de Arangio Ruiz, en donde dicho autor discute la validez de este recurso. En el trabajo del profesor italiano encontramos una interesante referencia al trabajo de Holland, quien afirma:

*[t]he Law of Nations is but private law writ large. It is an application to political communities of those legal ideas which were originally applied to the relations of individuals. Its leading distinctions are therefore naturally those with which private law has long ago rendered us familiar*⁹⁷.

El tomar cómo válida esta afirmación en tiempos actuales equivaldría atribuir a la CNU un carácter eminentemente contractual y una interpretación estática. Mientras que se considera que dada la práctica de la ONU un enfoque estrictamente legalista para interpretar la CNU sería poco realista, se estima que no está del todo claro si una

⁹⁶ José E. Álvarez, *International Organizations as Law-makers*, (Nueva York: Oxford University Press, 2005), pp. 65-74.

⁹⁷ T.E. Holland, *Studies in International Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1898), p. 52, Citado Por Arangio-Ruiz en: Arangio-Ruiz, Gaetano, “The “Federal Analogy” and UN Charter Interpretation: A crucial Issue”, *European Journal of International Law*, vol. 8, no. 1, 1997, p. 8.

interpretación amplia de la misma permitiría a la ONU o algunos de sus órganos realizar actos propiamente legislativos o simplemente participar como impulsores de los procesos de creación normativa tradicionales reservados a los Estados.

La analogía federal ha sido utilizada en distintos grados –atendiendo a nivel de paralelismo que se pretende tener entre Derecho Internacional y el interno- de acuerdo con el momento histórico y el estado de desarrollo de las OI. Martti Koskenniemi⁹⁸ señala que la innovación que representó la relativización de los acuerdos bilaterales en favor de los tratados multilaterales a mediados del Siglo XIX significó para los internacionalistas la oportunidad de responder a los críticos que a lo largo de dicho periodo habían negado el carácter de “Ley” al Derecho Internacional. En este contexto, los tratados multilaterales se estimaron como equivalentes funcionales de las leyes domésticas y la distinción entre estos instrumentos caracterizados como “tratado ley” – muchos de los cuales creaban “uniones” permanentes- y los tradicionales acuerdos bilaterales se tornó popular. El grado de asimilación pretendido mediante el uso de la analogía federal aumentaría significativamente con la creación de la Sociedad de Naciones ya que como apunta el propio Koskenniemi, el Pacto mediante el cual se formó era percibido como una constitución. Esto, evidentemente resaltó la analogía entre instituciones internacionales y nacionales. Sin embargo, de acuerdo con el citado autor, pese a las grandes expectativas que se tenía de esta organización, el poco impacto logrado por la Conferencia sobre Codificación celebrada en 1930, mermó el optimismo sobre la capacidad de este tipo de Organizaciones para brindar un carácter más científico a la producción de normas internacionales, debido a que, después de todo, este suceso evidenciaba que el Derecho Internacional seguiría en gran medida siendo formado por actores y acuerdos políticos.

Empero, la creación de la ONU daría nueva fuerza a la actividad codificadora dotando al orden jurídico internacional de mecanismos de creación normativa más sofisticados y novedosos. Desde los inicios de Naciones Unidas se tornó evidente el papel progresivo que tendría en adelante dicha actividad. La visión anterior en que la codificación debería tener un carácter científico, pronto se vería desplazada puesto que significaba la comprobación o declaración del derecho consuetudinario incluso si se consideraba que las normas eran inadecuadas u obsoletas. La codificación se comenzó a

⁹⁸ Martti Koskenniemi, “International Legislation Today: Limits and Possibilities”, *Wisconsin International Law Journal*, vol. 23, n° 1, 2005, pp. 67-68.

vislumbrar como un proceso creativo mediante el cual precisamente debido a la presencia del factor político se constituyó en un mecanismo normativo alterno capaz, no solo de reflejar el derecho existente, sino de desarrollarlo⁹⁹. Sin embargo, con todo y lo exitosamente innovadores que resultaron en su momento los primeros trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI)¹⁰⁰, se considera un tanto prematuro el uso de la analogía federal para describirlos como productos legislativos. Finalmente, el objeto de dichos trabajos, era y sigue siendo la celebración de tratados multilaterales. Pese a lo anterior, la diversificación en los métodos para generar obligaciones internacionales de la que serían protagonistas las OI del Siglo XX encabezadas por la ONU, pronto daría lugar a nuevos y más adecuados usos del término “legislación internacional”.

Sin lugar a dudas, el papel que han tenido los organismos de Naciones Unidas en el desarrollo del Derecho Internacional ha sido fundamental. No solo se han celebrado múltiples tratados multilaterales de una importancia cardinal al auspicio de la Organización, sino que tanto la labor codificadora que ha emprendido la CDI como la jurisprudencia de la CIJ han contribuido al esclarecimiento de las normas surgidas a través de la costumbre internacional. No obstante, los ejemplos a los que se alude no son sino una aceleración de los procesos tradicionales de producción normativa. En última instancia, esto significaría que los Estados siguen reteniendo el consentimiento al momento de obligarse, aún y cuando las vías de manifestación pudieran haber sido modificadas. Sin embargo, de haber evolucionado la participación de las OI en la creación de obligaciones en Derecho Internacional hasta el punto en que un organismo como el CS pueda efectivamente legislar, surgiría entonces la posibilidad de hablar de una relativización del consentimiento como base normativa, hasta el punto de llegar a pensar en su marginalización o incluso en su desaparición.

Al tenor de lo anterior, puede ubicarse un parteaguas en la evolución de los procesos de creación normativa internacionales, mismo que se sitúa al inicio de un proceso que significó el comienzo de la progresiva marginación de la costumbre ante los tratados multilaterales en función de las necesidades del Derecho Internacional que regula a la sociedad internacional con posterioridad a la creación de Naciones Unidas. En este

⁹⁹ Oscar Schachter, “Recent Trends in International Law Making”, *Australian Yearbook of International Law*, vol. 12, n° 1, 1988-1989, pp. 2-3.

¹⁰⁰ Gerhard Hafner, “Codification and Progressive Development of International Law, en: Franza Cede & Lilly Sucharipa-Behrmann (editores), *The United Nations: Law and Practice*, (Dordrecht: Kluwer Law International, 2001), p. 147.

sentido, Pastor Ridruejo¹⁰¹ explica como los instrumentos convencionales han ganado terreno como vía preferente para obligarse de los Estados frente a la costumbre debido a que el ordenamiento jurídico de cooperación exige la regulación eficaz de cuestiones positivas. Tal regulación puede ser alcanzada de forma más expedita mediante la celebración de acuerdos internacionales que por la vía consuetudinaria. Asimismo, el profesor Pastor Ridruejo destaca el creciente papel de las resoluciones de las OI en este ámbito y, pese a que las define como derivadas -pues existen en función de su instrumento constitutivo- no resta importancia a su valor pragmático para la evolución del Derecho Internacional.

Edward Yemin¹⁰² coincide con lo anterior y subraya la idoneidad de los tratados, particularmente los de carácter multilateral, como respuesta ante el aumento en la intensidad de todo tipo de relaciones internacionales de la más diversa naturaleza. El citado autor recalca el papel de las OI en la institucionalización de los acuerdos multilaterales y explica cómo cuando se dota a estos organismos del poder para adoptar o revisar tales acuerdos, es posible hablar de una transformación radical en los procesos de producción normativa e incluso de compararlos en ciertos aspectos con actos legislativos. ¿Puede decirse entonces que las OI han dejado de ser solamente catalizadores de los procesos normativos internacionales para ocupar el papel de legisladores de la sociedad internacional? Es posible encontrar algunos indicios que apuntan en esta dirección. El propio mecanismo de reforma a la CNU establecido en sus artículos 108¹⁰³ y 109¹⁰⁴ parece sugerirlo: la Carta puede sufrir modificaciones que

¹⁰¹ José Antonio Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, (Madrid: Tecnos, 2011), pp. 66-67.

¹⁰² Edward Yemin, *Legislative Powers in The United Nations and Specialized Agencies*, (Leiden: A.W. Sijthoff-Leyden, 1969), pp. 1-7.

¹⁰³ El artículo 108 de la CNU establece: Las reformas a la presente Carta entrarán en vigor para todos los Miembros de las Naciones Unidas cuando hayan sido adoptadas por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea General y ratificadas, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales, por las dos terceras partes de los Miembros de las Naciones Unidas, incluyendo a todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

¹⁰⁴ El artículo 109 de la CNU establece: 1. Se podrá celebrar una Conferencia General de los Miembros de las Naciones Unidas con el propósito de revisar esta Carta, en la fecha y lugar que se determinen por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea General y por el voto de cualesquiera nueve miembros del Consejo de Seguridad. Cada Miembro de las Naciones Unidas tendrá un voto en la Conferencia. 2. Toda modificación de esta Carta recomendada por el voto de las dos terceras partes de la Conferencia entrará en vigor al ser ratificada de acuerdo con sus respectivos procedimientos constitucionales, por las dos terceras partes de los Miembros de las Naciones Unidas, incluyendo a todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. 3. Si no se hubiere celebrado tal Conferencia antes de la décima reunión anual de la Asamblea General después de entrar en vigor esta Carta, la proposición de convocar tal Conferencia será puesta en la agenda de dicha reunión de la Asamblea General, y la

obligan a los EMNU que votaron en contra de ellas. Incluso, tomando en cuenta lo prescrito por el artículo 108, así como el actual número de Estados adheridos a la CNU, puede deducirse que las reformas a esta pueden llegar a obligar hasta a sesenta y cuatro Estados que hayan votado en contra de tales modificaciones. Todavía, la negativa de un solo Miembro Permanente del CS para avalar una determinada reforma, pudiese conducir, si bien en un hipotético y extremo escenario, a la no modificación de la Carta, aún y cuando la mayoría de los EMNU haya expresamente consentido a tales alteraciones. Este tipo de mecanismos de reforma se asemeja, por lo menos en el aspecto de la generalidad, al acto legislativo en cuanto a que obliga a todos los EMNU incluyendo a aquellos que no hayan consentido de la modificación. Empero, lo anterior debe matizarse puesto que un análisis más minucioso revela que este tipo de dispositivos no se encuentran desprovistos del consentimiento de los Estados puesto a que evidentemente fue manifestado por estos al ratificar o adherirse a la CNU. Todavía, este caso es ilustrativo de cómo las OI han ido alterando las vías en que los Estados contraen obligaciones –como en la forma de modificar un tratado internacional- pero, sin que se pueda afirmar la existencia de un proceso legislativo en el que no medie su consentimiento.

Para mediados de la década de los años sesenta del siglo pasado, el uso de la noción de legislación internacional era ya común en la doctrina debido al incremento cuantitativo y cualitativo en la generación de normas internacionales que acarrió consigo el surgimiento de la ONU. Desde este punto en el tiempo, Krzysztof Skubiszewski¹⁰⁵ hablaba ya de la perversión del concepto de “legislación internacional” por parte de los internacionalistas. Dicha perversión, consiste principalmente en el uso del término “legislación” para describir la celebración de los grandes tratados multilaterales que proliferaron al amparo de Naciones Unidas, fenómeno que conllevó la equiparación de estos instrumentos con la ley interna de los Estados. De tal forma, resulta interesante que ya en la década de los mil novecientos sesenta Skubiszewski hablara de legislación internacional a través de un uso mucho más audaz de la analogía federal en cuanto a que se aproxima más a lo que efectivamente constituye un acto legislativo en el plano doméstico. Para el citado autor, la legislación internacional

Conferencia será celebrada si así lo decidieren la mayoría de los miembros de la Asamblea General y siete miembros cualesquiera del Consejo de Seguridad.

¹⁰⁵ Krzysztof Skubiszewski, “Enactment of Law by International Organizations”, *British Yearbook of International Law*, vol. 41, 1965-1966, pp. 198-201.

ocurre cuando hay una promulgación de reglas de conducta generales y vinculantes por parte de órganos internacionales. Puede apreciarse que bajo la noción introducida por Skubiszewski, la analogía federal se alarga al grado de que al utilizarla surge la interrogante sobre si efectivamente la actividad de las OI ha evolucionado de tal forma que se pudiese sugerir que el consentimiento estatal ha quedado tan atenuado que sería posible ubicarlo en una categoría equivalente a la que existe en el derecho interno por medio de la cual, la voluntad ciudadana participa del proceso legislativo a través de la representación que le brinda el legislador mediante la elección popular. Hacer esto, equivaldría a aceptar la propuesta de que el Estado, una vez que brinda su consentimiento para adherirse a una determinada OI y regirse por su tratado constitutivo se separa –como hace el ciudadano al dejar la actividad legislativa al legislador- del proceso normativo. Esto, por su parte, implicaría la homologación de los tratados constitutivos de las OI con las constituciones internas, abriendo la puerta para la inclusión en el plano internacional de conceptos como “constitucionalismo”, “instituciones” y, “gobernanza”.

La proposición anterior parece difícil de asimilar puesto que supondría un uso excesivo de la analogía federal. No obstante, ha pasado un intervalo de tiempo considerable desde la publicación del trabajo inmediatamente citado dentro del cual, tanto las distintas concepciones de legislación internacional, como la usanza de la analogía federal, han tenido ocasión de evolucionar. Por ende, el concepto de legislación internacional substanciado por Skubiszewski se presenta como un punto idóneo para identificar un momento clave en la historia de las OI en el que dichas instituciones aumentan el grado de desplazamiento del consentimiento estatal a través de la creación y el uso de instrumentos normativos originales en los que su participación va más allá del patrocinio de acuerdos internacionales, cambiando de tal manera los paradigmas normativos imperantes desde la Paz de Westphalia. Para el citado autor, el núcleo duro de la legislación internacional consiste en que las resoluciones vinculantes de carácter general emitidas por las OI abandonan la esfera del Derecho de los Tratados en tanto que constituyen mecanismos normativos ajenos a éste y, que, por lo tanto, en su momento, representaron una nueva forma de contraer obligaciones internacionales. El siguiente extracto de la ya citada obra de Skubiszewski, en el que se especifican las características de las resoluciones legislativas – *law-making resolutions*- de las OI resulta ilustrativo del trascendental cambio que se intenta describir:

A law-making resolution is one which is binding on its addressees by virtue of the decision of the organization and which lays down general and abstractly formulated rules of conduct. The drafting, adoption, entry into force, validity, application, effects, modification, and termination of the law-making resolutions of international organizations are not governed by the law of treaties. They are regulated by the law, in particular the constituent instrument, of the organization which adopted the resolution in question. The law-making resolution of an organization is not a contractual instrument in which the members of the organization appear as parties. It is an act of the organization which is different from a treaty concluded either between the organization and the members or among the latter inter se. Whether the resolution is binding depends on the provisions of the constitution of the organization. These provisions may, it is true, be supplemented by the practice of the organization. But only practice that has been accepted as law by all the members of the organization can provide a basis for the enactment of mandatory resolutions¹⁰⁶.

Aunque ciertamente se considera que lo propuesto en el párrafo anterior demuestra una transformación importante no solo en la manera de crear obligaciones internacionales, sino también en el rol que las OI juegan en dicho proceso, no se comparte la visión de que los actos de tales entidades se rigen por un derecho distinto al de los tratados, en cuanto a que se juzga contradictorio que para justificar tal aseveración, Skubiszewski afirme que las resoluciones de las OI se regulan por su tratado constitutivo -lo cual es evidente-, sugiriendo que esto implica una separación de dicho instrumento de las normas internacionales que rigen los tratados. No obstante, sí se considera que es posible identificar del pasaje citado una vía distinta para suscribir obligaciones internacionales a las que históricamente se habían dado en la que el grado de participación de las OI se acrecienta, mientras que la importancia del Estado, y la manifestación de su consentimiento se relativiza. Consecuentemente, tal y como describe el citado autor, mediante la utilización de esta ruta normativa la voluntad de la OI se hace presente:

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 201.

*A State that votes for the adoption of a law-making resolution by an international organ acts in a double capacity. On the one hand, it expresses its assent to the rights and duties formulated in the enactment and, on the other, it contributes to the creation of what now becomes the voluntas of the organization, i.e. an act the authorship of which must be attributed to the organization as a corporate body and not to individual consenting members nor to the members collectively*¹⁰⁷.

Se estima que la interpretación arriba reseñada constituye una temprana caracterización de lo que hoy se percibe como la delegación internacional, figura que finalmente encuadra dentro del esquema jurídico que regula los tratados. Con todo, durante la segunda mitad del siglo pasado la delegación internacional dio lugar a una variada gama de mecanismos normativos –a menudo caracterizados por la doctrina como legislación internacional- que constituyen sendos antecedentes para el surgimiento de lo que en el contexto del presente estudio se considera como el acto normativo internacional más cercano a un auténtico acto legislativo del modo en que se concibe en los derechos internos: las resoluciones legislativas del CS. De tal manera, antes de adentrarnos en los terrenos legislativos del CS es conveniente identificar aquellos mecanismos normativos a los que se ha hecho referencia en cuanto a que constituyen un paso más en la evolución de los procesos de creación normativa del Derecho Internacional con relación a la mera celebración de tratados multilaterales.

Un salto cualitativo en la manera de contraer obligaciones internacionales que supera en complejidad al que en su momento significaron los primeros tratados multilaterales puede ser ejemplificado por la figura de la “convención especial”. En este sentido, Schermers y Blokker¹⁰⁸ utilizan el término “convención” para describir a los tratados celebrados en el marco de OI en oposición a aquellos celebrados tradicionalmente de manera independiente por representantes estatales autorizados, al tiempo que ubican el inicio de este fenómeno en 1919 con la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Al tratar este tema, los citados autores reseñan lo que denominan como “convenciones especiales”, mismas que abandonan el esquema hasta entonces habitual de contraer obligaciones por la forma en que estas se adquieren y no solamente por ser celebradas en el seno de una OI. Constituyen ejemplos

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 211.

¹⁰⁸ Henry G. Schermers & Niels M. Blokker, *International Institutional Law: Unity within Diversity*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003), pp. 790-792.

de lo anterior la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD), la Agencia Internacional de Energía (AIE), la Liga de Estados Árabes (LEA) y algunas comisiones de pesquerías. En dichas organizaciones, solo se pueden tomar decisiones vinculantes si los miembros expresamente las consienten, lo cual, en términos prácticos, resulta comparable a la aprobación colectiva de una enmienda realizada a un tratado internacional, mediante la manifestación consensual de sus Miembros a través del voto. Este tipo de mecanismos para adquirir obligaciones es lo que comúnmente se conoce como *contracting-in*. Más distante del esquema tradicional de contraer obligaciones por la vía convencional clásica se encuentran los “estándares internacionales” y las “prácticas recomendadas” adoptadas por la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) como anexos a su tratado constitutivo. Aunque estas últimas no tienen carácter vinculante, pues como su nombre lo indica, constituyen meras recomendaciones; en el sistema utilizado por la OACI, comúnmente conocido como *contracting-out*, los estándares internacionales que adopta la Organización obligan a todos los Estados que no notifican inmediatamente su deseo de conservar estándares distintos. De manera similar, la Organización Mundial de la Salud (OMS) está facultada para emitir reglamentos en áreas específicas que constituyen auténticas normas jurídicas vinculantes para sus Estados Miembros, excepto cuando estos notifican su rechazo o sus reservas a la regla¹⁰⁹.

Por su parte, Robert E. Riggs¹¹⁰ utiliza el término legislación internacional para describir a la práctica interna de las agencias especializadas de la ONU que, aunque son parte de esta Organización, son legalmente independientes y están sujetas a sus propios instrumentos constitutivos. En este sentido, dichos sub-organismos son capaces de “legislar” con respecto a sus reglas internas y de modificar sus propios tratados fundantes mediante consenso no necesariamente unánime. De tal forma, dichos mecanismos no difieren del funcionamiento usual de la ONU y en muchos de ellos una modificación constitutiva puede proponerse con un voto de dos terceras partes de su órgano plenario. Tal es el caso de la Conferencia, órgano plenario de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), que puede introducir enmiendas a la Constitución de ésta última, siempre y cuando dichas modificaciones

¹⁰⁹ *Ibid.* p. 192.

¹¹⁰ Robert E. Riggs, “The United Nations and the Development of International Law”, *BYU Law Review*, vol. 1985, n° 3, 1984, pp. 437-438.

hayan sido aprobadas por las dos terceras partes de sus Miembros¹¹¹. Caso distinto es el de algunas instituciones financieras internacionales como el BM, la Asociación Internacional de Fomento (AIF) y el FMI que requieren únicamente para la propuesta de modificaciones de esta naturaleza el voto mayoritario de su Junta de Gobernadores. En este tipo de instituciones, la regla general es que cada Estado ratifique individualmente a través de sus respectivos gobiernos las enmiendas propuestas y que para su aprobación se requiera del voto favorable de dos terceras partes de los Miembros. Consecuentemente, al recurrir a este tipo de mecanismos de producción normativa, existe la posibilidad de que hasta un tercio de los Miembros de las organizaciones que los utilizan se vean de pronto obligados sin su consentimiento. Así las cosas, resulta comprensible el que se describan a este tipo de dispositivos como legislativos.

La terminología utilizada para describir los mecanismos generadores de obligaciones a los que se alude indica técnicas normativas internacionales en donde el consentimiento estatal se atenúa de manera considerable con respecto a los métodos históricamente tradicionales. Sin embargo, incluso en el caso de las instituciones financieras a las que se refiere, es posible ubicar la voluntad de los Estados Miembros a ser obligados de esta manera al consentir de dicho proceso mediante su adhesión a organismos de tal naturaleza. Pese a lo anterior, Riggs¹¹² califica como autoridades legislativas a ciertas agencias que poseen una autoridad limitada para imponer obligaciones a sus Miembros en algunas áreas específicas sin que necesariamente medie el consentimiento de cada estado afectado, a saber, dichas agencias son: la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), la Unión Postal Universal (UPU), la Organización Meteorológica Mundial (OMM) y, las antes mencionadas instituciones financieras internacionales, así como la OACI y la OMS. No obstante, se insiste en que

¹¹¹ Cabe mencionar que la Constitución de la FAO contempla dos supuestos relativos a las enmiendas puesto que distingue entre aquellas que no crean obligaciones nuevas para sus miembros y aquellas que si lo hacen. Éstas últimas, están sujetas a un procedimiento de *opting in* de acuerdo con las fracciones I y II del artículo XX de la Constitución de la FAO, que a la letra rezan: “1. La Conferencia puede introducir enmiendas a la presente Constitución por mayoría de dos tercios de los votos emitidos, siempre que dicha mayoría represente más de la mitad del número total de los Estados Miembros de la Organización. 2. Las enmiendas que no impongan nuevas obligaciones a los Estados Miembros o a los Miembros Asociados entrarán en vigor inmediatamente, siempre que al adoptarlas no se disponga otra cosa. Las enmiendas que impongan nuevas obligaciones entrarán en vigor para aquellos Estados Miembros o Miembros Asociados que las hubiesen aceptado, una vez que hayan sido aceptadas por las dos terceras partes del número total de los Estados Miembros de la Organización, y para los restantes Estados Miembros o Miembros Asociados cuando las acepten. Respecto a los Miembros Asociados, la aceptación de las enmiendas que impongan nuevas obligaciones corresponderá, en nombre de los mismos, al Estado Miembro o autoridad que tenga a su cargo las relaciones internacionales de aquéllos”.

¹¹² *Ibid.*, pp. 438-445.

apreciaciones como la de Riggs deben matizarse puesto que es posible ubicar el consentimiento estatal, si bien atenuando, en la incorporación de los Estados a las entidades aludidas. Incluso, exceptuando los sistemas de voto ponderado utilizados por las instituciones financieras, los procesos normativos de las referidas agencias utilizan algún tipo de dispositivo de carácter *opting-in* u *opting-out*. Dentro del grupo aludido, destacan por su singularidad en los procesos utilizados la OACI y la OMM. En el caso de la primera, aunque los Estados pueden eludir o reservarse una obligación manifestando su deseo de hacerlo, resulta interesante que sea el Consejo de dicha Organización, un órgano significativamente menor a la totalidad de sus Miembros, el encargado de proponer las modificaciones a los estándares internacionales que emite la Organización. En cuanto a la OMM, llama la atención que, aunque el Congreso, órgano plenario de dicha entidad se reúna cada cuatro años para emitir regulaciones técnicas con efectos externos a la Organización, tanto el Comité Ejecutivo como el Presidente pueden cambiar los reglamentos que emite dicho organismo en caso de considerarlo necesario –éste último sujeto a confirmación del primero- debido a factores técnicos. Sin embargo, ante ambos supuestos, los Estados Miembros de la OMM pueden evadir el contraer las obligaciones mediante notificación y explicación al respecto.

Los procesos de producción normativa arriba reseñados sin duda alguna constituyen una divergencia en la manera de contraer obligaciones internacionales. Dichos métodos, fueron diseñados como catalizadores consensuales con el fin de acortar el tiempo necesario por los Estados con el fin de llegar a acuerdos en áreas específicas que debido a los avances tecnológicos y la creciente interdependencia entre las Naciones requieren de una celeridad inusitada. De tal manera, como en todo sistema jurídico, encontramos que las fuentes reales del derecho –los factores políticos, económicos y sociales- en ocasiones pueden llegar a tener más impacto en la evolución de las normas que los propios sujetos que las crean. En este sentido, la implementación y la rendición de cuentas hoy en día son vistas como componentes esenciales de las declaraciones normativas internacionales sean estas *soft*, o *hard law*, razón por la cual, resulta más probable que los gobiernos se vean influenciados por procedimientos de implementación que por la pretensión de que la norma se ha convertido en derecho consuetudinario. Asimismo, se advierte que los internacionalistas a menudo pasan por alto el hecho de que la fijación e implementación de estándares por parte de entidades internacionales ocurre frecuentemente en áreas altamente técnicas. En estos casos, el

consentimiento de los Estados a obligarse ocurre más bien a través de la participación y cooperación que por medio de mecanismos formales de adhesión consensual. Finalmente, son expertos técnicos y no diplomáticos los que participan en nombre de los gobiernos y, el hecho de que dichos expertos pertenezca a una comunidad internacional de profesionales puede resultar en que, en este contexto, el consentimiento estatal se vea circundado por la colaboración de expertos¹¹³.

2.1.2 El Consejo de Seguridad: ¿Legislatura Auto-Designada de la Comunidad Internacional?

Hasta el momento, se puede concluir parcialmente que la drástica transformación en los procesos de creación normativa del Derecho Internacional atiende a la efectividad requerida por la dinámica global actual. Sin embargo, es posible advertir que el Estado sigue siendo determinante en la formación de normas internacionales puesto que conserva siempre la opción de no brindar, o de retirar, su voluntad a obligarse. Desde esta perspectiva, las OI parecen todavía ajustarse a la caracterización tradicional que de ellas se tiene como sujetos secundarios y funcionales del Derecho Internacional. Entonces, es preciso definir lo que para efectos del presente trabajo constituye un acto legislativo internacional con el fin de determinar si las resoluciones legislativas del CS se diferencian lo suficiente de los mecanismos hasta ahora reseñados como para poder considerarlas una nueva forma de contraer obligaciones internacionales. Acto seguido, se expondrá la visión de que la novedad de las resoluciones legislativas del CS radica en la naturaleza ejecutiva de las acciones de dicho Organismo que privan a los EMNU de dispositivos para manifestar claramente su consentimiento a obligarse. Así, aunque siempre quedará latente la posibilidad de ubicar la base consensual de los Estados a obligarse en la adhesión misma de dichas entidades a la CNU, se defenderá que el estiramiento competencial del CS es tal que pone en tela de juicio el que los EMNU hayan consentido *a priori* a tales mecanismos legislativos, por lo que su anuencia, de estar presente en los procesos aludidos, se encontraría de forma muy atenuada en la forma de aquiescencia a los comportamientos del CS erigidos en “nuevas reglas de la organización”.

¹¹³ Oscar Schachter, “Recent Trends in International Law Making”, *Op.Cit.*, pp. 14-15.

¿Es posible considerar la existencia de un acto legislativo a nivel internacional? En relación con esta cuestión, Mónica de la Serna¹¹⁴ identifica como características del acto legislativo la unilateralidad, la creación o modificación de algunos elementos de una norma de derecho, la generalidad de dichas normas y su dirección a sujetos indeterminados, así como la susceptibilidad de aplicación repetida en el tiempo. La ley debe ser aplicada de la misma forma a sujetos distintos en situaciones similares, ser conocida por ellos, estar redactada en términos generales, tener estabilidad, brindar cierto grado de certeza y estar basada en una norma previamente establecida. Como señala la citada autora, estas características describen al acto legislativo y a las leyes que manan del proceso legislativo de los Estados. Entonces, para ella, en el contexto internacional el único organismo capaz de utilizar un proceso como el descrito en sus actividades normativas es la OACI, razón por la que concluye que, en Derecho Internacional, la legislación existe, aunque es una excepción y no la regla. Sin embargo, tal y como ya se ha manifestado, parece que la clara potestad que mantiene el Estado – aun y cuando generalmente no lo haga– para sustraerse de las obligaciones emanadas de dicha Organización, no permite catalogar sus acciones como propiamente legislativas.

Al respecto, nos parecen aclaratorias las palabras de Danilenko:

In view of the fact that the international community clearly lacks any “legislator” or central authority able to promulgate general norms binding on all subjects of law without their consent, the references to international law-making as “legislation” can only be considered as a metaphorical description of a phenomenon which in a strict sense can never be regarded as true legislation. At the international level, the term “legislation” is much more appropriate in relation to some exceptional situations in which international organizations have been given powers to enact certain rules, in particular technical regulations, by less than unanimous consent with an immediate binding effect upon all their members. However, even in these cases “legislation” remains only a fanciful description of rules creating processes which ultimately are still based on the consent of sovereign states. All these exceptional arrangements allow rules or of the basic international instruments providing the “constitutional” grounds for the relevant rule-making. In strict terms, a system

¹¹⁴ Mónica Lourdes de la Serna Galván, “Interpretation of Article 39 of the UN Charter (Threat to the Peace) by the Security Council. Is the Security Council a Legislator for the Entire International Community?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, 2011, pp. 149-150.

*of rule-making in which the validity of promulgated rules rests on some form of consent of their addressees is not legislation*¹¹⁵.

El pasaje arriba citado resulta útil para reafirmar el argumento que se ha venido punteando: no es posible hablar de legislación internacional cuando el Estado mantenga la potestad ya sea *a priori* o *a posteriori* de decidir a qué obligaciones adquiere y el modo de hacerlo. La única manera de conceptualizar el acto legislativo internacional sería asumiendo que la única manifestación consensual del Estado en el proceso normativo fue la elección de una autoridad legislativa, misma que con posterioridad a su designación, puede tomar decisiones a discreción sin la participación de sus electores. De acuerdo con esta línea de pensamiento, se estima que a la fecha y exceptuando a los organismos supranacionales de la Unión Europea (UE), el CS se presenta como el candidato más adecuado para ser considerado como la primera legislatura mundial. Al tenor de lo anterior, se coincide con Consuelo Sirvent¹¹⁶ cuando señala que la UE es una construcción jurídica nueva, que no encaja en las construcciones jurídicas clásicas. De tal manera, la UE constituye un OI *sui generis* que además de contar con las características tradicionales de dichas entidades cuenta con una nueva, la supranacionalidad; misma que consiste en que el ordenamiento jurídico de la Unión es directamente aplicable en el derecho interno de sus Estados Miembros.

A través de la supranacionalidad y sus organismos diseñados en atención a esta característica, la actividad normativa de la UE verdaderamente se acerca a lo que sería legislar en el plano internacional, si bien, en el ámbito regional europeo. Mediante la figura de la delegación internacional, los tratados constitutivos y de ampliación de la UE facultan a órganos como la Comisión de la Unión Europea (Comisión de la UE) y el Consejo de la Unión Europea (Consejo de la UE) para modificar y desarrollar disposiciones supranacionales bajo un esquema que, sin ser completamente federal, se asemeja en gran medida a procedimientos legislativos de derecho interno. La propia Sirvent¹¹⁷, describe algunos de estas instituciones jurídicas en cuyo funcionamiento ciertamente es posible identificar características legislativas. En primer plano se cuenta con la figura del Reglamento, el cual constituye un acto normativo de carácter general

¹¹⁵ G.M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers), 1993, pp. 6-7.

¹¹⁶ Consuelo Sirvent Gutiérrez, "La Unión Europea: Una nueva Visión de los Sistemas Jurídicos Contemporáneos", *Revista de Posgrado en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México*, vol. 2, n° 3, 2006, p. 82.

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 87-89.

cuyos destinatarios no están identificados a nivel individual y que además es susceptible de aplicarse en una pluralidad de situaciones. El ámbito de aplicación de los reglamentos comprende todo el territorio de la Unión, y su contenido, vinculante para los Estados y sus ciudadanos comprendidos en dicho territorio, adquiere vigencia una vez publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Por su parte, la Directiva es un instrumento de armonización por medio del cual el Consejo de la UE obliga directamente a los Estados Miembros a lograr ciertos objetivos a través de la adopción de disposiciones o normas internas que estos son libres de elegir. Por último, se comenta la figura de la Decisión, acto que establece normas vinculantes para casos individuales. Acorde a la descripción de las citadas figuras, es posible afirmar que la supranacionalidad que caracteriza al ordenamiento jurídico de la UE permite que sus órganos realicen actos que se asemejan en un grado significativamente mayor a la legislación en el plano doméstico que aquellos realizados por las OI hasta ahora reseñadas.

De tal manera, los procesos normativos que rigen a la UE presentan características que encuadran, aparentemente sin dificultad, dentro de la analogía federal. Sin embargo, es preciso recalcar la enorme diferencia que existe entre este Organismo y el resto de los organismos internacionales, a saber, que el primero pretende por medio de la supranacionalidad lograr una integración regional en grados que por el momento no parecen concebibles en un plano global. En primer lugar, la extensa delegación con altos costos de soberanía por medio de la cual los Estados Miembros de la UE ceden competencias legislativas a la Unión es claramente identificable en los diversos tratados celebrados y negociados a lo largo de un espacio considerable de tiempo específicamente para tales efectos. En segundo plano, incluso ante situaciones dudosas en las cuales no esté del todo claro el alcance las competencias legislativas de la Unión, sus Estados Miembros contemplaron la creación del TJUE con el fin de que dicho Organismo precisase e interpretase correctamente las disposiciones de los tratados constitutivos¹¹⁸. De tal manera, se considera que mientras que la estructura jurídica que permite a la UE amplias facultades legislativas ha sido diseñada, creada y modificada con la amplia participación de la totalidad de sus Miembros persiguiendo específicamente su integración, el régimen que permite al CS realizar actos legislativos para la totalidad de los EMNU ha surgido de interpretaciones extensivas de la CNU que

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 90.

parecen responder más a la necesidad de justificar en Derecho las inusuales prácticas del Órgano que a un esfuerzo coordinado de los Estados para extender los poderes normativos de dicha entidad.

Más aun, una combinación de los poderes con que ha sido investido el CS y el peso político que tiene en el ámbito de las relaciones internacionales, le ha permitido realizar actos —específicamente la emisión de resoluciones— materialmente legislativos, vinculantes para la totalidad de EMNU. Consecuentemente, es posible que nos encontremos ante un nuevo mecanismo de producción normativa en el Derecho Internacional que podría calificarse de manera más acertada como “legislación internacional” y cuyo acomodo en la CNU y el Derecho Internacional general es discutible. Entonces, es necesario precisar cuáles son las resoluciones del CS que se consideran como “legislativas”. Asimismo, empleando como punto de partida el concepto de “legislación internacional” introducido por Mónica de la Serna¹¹⁹ podremos analizar si efectivamente es posible utilizar este término, o mejor dicho, si es viable equiparar los procesos de creación normativa del Derecho Internacional a los procesos legislativos propios de los ordenamientos internos de los Estados o, si por el contrario, nos encontramos frente a una de esas figuras que nos tientan a utilizar la analogía federal pero que finalmente no pueden trasladarse del ámbito doméstico al internacional.

Se considera que las primeras resoluciones legislativas del CS fueron la 1373 del 2001, relativa al combate del terrorismo internacional; y la 1540 del 2004 concerniente a la no proliferación de ADM. Stefan Talmon¹²⁰ identifica como características distintivas de estas resoluciones -tan originales que lo llevan a afirmar que el Consejo ha iniciado mediante su emisión su fase legislativa- las siguientes: Son de carácter general y abstracto. Aunque su creación puede atender a situaciones concretas no se encuentran limitadas por ellas. Las obligaciones que imponen están redactadas de forma neutral, aplican a un número indefinido de casos y no contienen limitaciones temporales. Talmon concluye en función de lo anterior, que las obligaciones impuestas a los Estados mediante resoluciones con las características reseñadas se asemejan a las obligaciones contraídas por los Estados mediante la celebración de acuerdos internacionales.

¹¹⁹ Véase *supra* nota 114.

¹²⁰ Stefan Talmon, *Op. Cit.*, pp. 175-177.

Algunos autores¹²¹ han identificado también como poseedoras de características legislativas a las resoluciones 1422 (2002), 1487 (2003) y 1624 (2005). Mediante las primeras dos, el CS solicitó a la Corte Penal Internacional (CPI) no ejercer su jurisdicción con respecto a personal participante en alguna misión establecida o autorizada por Naciones Unidas proveniente de un Estado no parte al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 (ECPI) y, decidió, que ningún Estado debía tomar acciones inconsistentes con dicha solicitud. Aunque ciertamente estas resoluciones crearon en su momento obligaciones de carácter general para la totalidad de EMNU, se considera que pertenecen a una categoría distinta en el catálogo de resoluciones legislativas ya que ambas tenían una vigencia determinada. Además, pese a que el CS expresó su intención de renovar la solicitud hecha en dichas resoluciones cuantas veces estimase necesario (lo que significaría que la vigencia de la obligación pudiera ser indeterminada), éste no volvió a emitir otra resolución en términos similares con posterioridad a la adopción de la resolución 1487 (2003). No obstante, lo que verdaderamente distingue a este par de resoluciones de la 1373 (2001) y la 1540 (2004) es que a diferencia de los efectos que tuvieron dichos instrumentos, se considera que su emisión dio lugar a una bifurcación en la práctica legislativa del CS puesto que se utilizaron para modificar obligaciones preexistentes en un tratado internacional —el ECPI—, y no para la creación de obligaciones totalmente nuevas.

Mediante la resolución 1624 (2005) el CS inició el combate a la apología del terrorismo. Aunque ciertamente las medidas que se detallan en dicha resolución tienen carácter general y atemporal y, en la misma se establece que el Comité del Terrorismo informará al Consejo sobre su implementación, no parece del todo claro que la resolución tenga el mismo carácter vinculante que las que hasta ahora se han caracterizado como legislativas, por lo menos formalmente hablando. Así, mientras que las resoluciones 1373 (2001) y 1540 (2004) fueron adoptadas en virtud del Capítulo VII de la CNU, en la resolución 1624 (2005) el CS no se ocupó de especificar bajo que previsiones actuó al adoptarla. De la misma forma, en la redacción de las primeras dos resoluciones aludidas, el CS “decide” que los Estados habrán de implementar las medidas en ellas contenidas, mientras que en la resolución 1624 (2005) el CS se limita a

¹²¹ Stefan Talmon identifica como resoluciones legislativas la 1422 (2002) y la 1487 (2002), véase: Stefan Talmon, *Op. Cit.*, pp. 177-178. Por su parte Soledad Torrecuadrada identifica con características legislativas la resolución 1624 (2005), véase: Soledad Torrecuadrada García-Lozano, “La Expansión de las Funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Problemas y Posibles Soluciones”, *Anuarl*, Vol. XII, 2012, pp. 382-383.

“instar” a los Estados a cumplir con las medidas contenidas en dicho instrumento para su consecución. A las resoluciones mencionadas, es posible añadir la recientemente emitida 2178 (2014) mediante la cual, el CS se ocupa de la propagación del terrorismo a través de quienes intentan viajar para convertirse en combatientes terroristas extranjeros. A través de ésta, el CS impone la obligación a los EMNU no solo de restringir la entrada a sus territorios a aquellas personas extranjeras sospechosas de participar en actividades terroristas; sino también de reprimir y prevenir su reclutamiento, organización, equipamiento y transporte mientras viajan de un Estado a otro.

Finalmente, hay quienes detectan características legislativas en la resolución 1267 (1999)¹²². Andrew Hudson¹²³ destaca la obligatoriedad de la misma puesto que fue adoptada bajo el Capítulo VII de la CNU. Asimismo, el citado autor comenta que las obligaciones impuestas a los Estados mediante dicha resolución carecen de límites temporales. En este sentido, pese a que la referida resolución originalmente se estableció con un periodo de revisión de 12 meses, mediante la posterior adopción de la resolución 1390 (2002)¹²⁴ el CS decidió respecto a las medidas contenidas en la resolución 1267 (1999) que al termino de dicho periodo las mantendría en vigor o decidiría mejorarlas. De tal manera, instituyó una serie de medidas susceptibles de aplicación repetida en el tiempo. No obstante la vigencia indeterminada de las obligaciones aludidas, parece dudoso el acomodo de la resolución 1267 en el catálogo de resoluciones legislativas puesto que las medidas contenidas en dicho instrumento no pueden considerarse como generales y abstractas en tanto que están específicamente dirigidas a implementar sanciones a personas o entidades allegadas al régimen Talibán, Al-Qaida, o Usama bin Laden. Sin embargo, ciertamente el régimen creado al amparo de dicha resolución, que se ha ido ensanchando mediante resoluciones subsiguientes, tiene un amplio alcance de características evidentemente normativas que sin duda alguna supera en grado de trascendencia en cuanto a la evolución normativa se refiere, a los mecanismos técnicos descritos con anterioridad en el apartado anterior.

Sin descartar como innovaciones importantes a las resoluciones citadas en los párrafos anteriores, es posible tomar como modelos paradigmáticos de los que

¹²² Resolución 1267 (1999) del Consejo de Seguridad de la ONU, de 15 de octubre de 1999.

¹²³ Andrew Hudson, “Not a Great Asset: The UN Security Council’s Counter-Terrorism Regime: Violating Human Rights”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 5, no. 2, 2007, pp. 208-210.

¹²⁴ Resolución 1390 (2002) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 28 de enero de 2002.

constituye una resolución legislativa del CS a la 1373 (2001) y 1540 (2004) y encontrarnos de tal manera ante un par de resoluciones mediante las cuales, *prima facie*, el CS parece haber circunvenido a los Estados al cambiar de forma significativa la vía en que estos se obligan. Si se considera como métodos tradicionales de producción normativa en el Derecho Internacional a la costumbre y la celebración de tratados y, como base constitutiva de estos al consentimiento de los Estados, el que un organismo internacional tenga la capacidad de obligar a la totalidad de los EMNU mediante lo que pudiera calificarse como un decreto, cabe plantearse la cuestión de si los procesos habituales generadores de normas han sido sustituidos *de facto* por el CS mediante una relativización de su base consensual.

Al margen de dicha cuestión, lo que indudablemente se ha podido constatar es la cada vez más creciente y trascendente participación de las OI, particularmente de la ONU, en la creación de normas internacionales. En este sentido, aquel refugio seguro que alguna vez proporcionó el artículo 38 del ECIJ al que se aludía en el apartado anterior, se tambalea cada vez más ante la incursión normativa de las OI que, como se ha visto -aún y con todas las reservas que es posible hacer para tal efecto-, ha sido caracterizada por no pocos doctrinarios como legislación. En este sentido, puede afirmarse que, pese a que ni las Naciones Unidas ni sus agencias especializadas fueron concebidas como órganos legislativos sino más bien como coordinadores o armonizadores de las acciones de los Estados Miembros, la mayoría de sus órganos han actuado como órganos parlamentarios en el desarrollo de sus procedimientos¹²⁵. Sin embargo, se insiste en que esta línea de pensamiento es aquella seguida por quienes¹²⁶ utilizan el concepto de legislación internacional para describir la ayuda significativa que han tenido los Estados en el proceso de iniciación y conclusión de tratados internacionales dentro de una era que comenzó a partir de la creación de la Sociedad de Naciones. Empero, de acuerdo a lo hasta ahora visto, la actividad legislativa del CS no parece seguir la misma dirección y, por lo tanto, puede ser descrita como una nueva tendencia normativa, totalmente original, que agrega nuevas dimensiones a la analogía federal en su uso del concepto de legislación internacional.

¹²⁵ Oscar, Schachter, "The UN Legal Order: An Overview", *Op. Cit.*, p. 3.

¹²⁶ Henry H. Han, *International Legislation by the United Nations Legal Provisions, Practice and Prospects*, (Nueva York: Exposition Press, 1971), p. 22.

2.2 El Constitucionalismo como Esquema para el Control de las Organizaciones Internacionales

Existe una evolución multidimensional en el Derecho Internacional que se evidencia principalmente mediante modificaciones trascendentales en la manera en que los Estados se obligan. Dicha evolución, se asocia con el surgimiento y proliferación de las OI y la relativización del consentimiento como base normativa consecuencia de dicho fenómeno. En este contexto, hay quienes consideran que la situación descrita ha desencadenado en el surgimiento de un nuevo orden mundial que, si bien se encuentra en una etapa embrionaria, implica transformaciones radicales en la forma en que interactúa y se regula la sociedad internacional. En el extremo más optimista de esta tendencia, se encuentran una serie de movimientos a los que puede denominarse genéricamente como constitucionalismo internacional, mismos que a grandes rasgos se representan por compartir la visión de que existe una comunidad internacional en desarrollo que comparte valores comunes, los cuales para su realización requieren de una estructura normativa que los jerarquice, en otras palabras: una constitución.

No obstante la gran aceptación que han tenido en la doctrina las tesis constitucionalistas, no puede afirmarse que gocen de aceptación universal puesto que, se oponen a ellas no solamente las visiones clásicamente positivistas del Derecho Internacional, sino también, una serie de posturas que alegan un fenómeno que – tomando en cuenta distintos matices- puede calificarse como opuesto: la fragmentación del Derecho Internacional¹²⁷. Bajo esta óptica, el orden jurídico internacional no se está ni unificando ni estructurando jerárquicamente, sino que más bien se caracteriza por el surgimiento de distintas esferas normativas de carácter autónomo que, aunque pretenden regular ámbitos distintos, en ocasiones terminan colisionando. Esto, puede llegar a agravar la segmentación del sistema jurídico internacional. Asimismo, es posible detectar la existencia de ciertas escuelas de pensamiento que pese a compartir la

¹²⁷ Para información detallada sobre la fragmentación del Derecho Internacional véase: “Fragmentación del Derecho Internacional: Asamblea General de las Naciones Unidas, “Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional”, Comisión de Derecho Internacional, 58º Periodo de Sesiones, Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, A/CN.4/L.702, 18 de julio de 2006, disponible en <http://legal.un.org/avl/ha/fil/fil.html>. Véase también: Asamblea General de Naciones Unidas, “Estudio Analítico del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional (finalizado por Martti Koskenniemi) sobre la Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional”, Comisión de Derecho Internacional, 58º Periodo de Sesiones, Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006 disponible en <http://legal.un.org/avl/ha/fil/fil.html>.

perspectiva constitucionalista en el sentido de una estandarización y jerarquización de los procesos de creación normativa del Derecho Internacional, no participan del entusiasmo expuesto por los constitucionalistas en cuanto a que consideran que dichos procesos atienden más a la consolidación de un Derecho Internacional Hegemónico (DIH) que, lejos de preocuparse por la preservación de valores comunes de la sociedad internacional, constituye una herramienta de instrumentalización por medio de la cual los Estados más poderosos controlan el desarrollo del Derecho Internacional.

La situación descrita guarda especial relevancia con respecto a uno de los aspectos centrales del estudio en curso: la celebración de ciertos actos posiblemente de carácter legislativo por parte del CS a través de la adopción de resoluciones en virtud del Capítulo VII de la CNU. Bajo una perspectiva constitucionalista, la elaboración de este tipo de instrumentos podría ser interpretada como un producto de las tendencias unificadoras surgidas de las necesidades actuales de la sociedad global. Ante los retos contemporáneos en materia de seguridad internacional, el Consejo estaría innovando y utilizando recursos hasta ahora inexistentes para atajar problemáticas, específicamente las que constituyen el combate al terrorismo global y la no proliferación de Armas de Destrucción Masiva (ADM), que los Estados, cada vez más disminuidos de protagonismo en la arena internacional han sido incapaces de abordar de manera efectiva. Por otro lado, la incursión del CS puede considerarse una irrupción normativa cuyos efectos pudieran llegar a ser perniciosos para la unidad del sistema jurídico internacional en cuanto a que desplazan la voluntad estatal como fundamento de creación normativa imponiendo modelos “universales” en un contexto en el cual todavía, impera el relativismo. Ligada a esta situación, la elaboración de legislación por parte del CS puede ser vista también como una prescripción conductual a los Estados que, si bien puede tener efectos favorables para la comunidad internacional en su conjunto, el hecho de que se prive a estas entidades del poder decisorio que gozan para obligarse suscita cuestionamientos de legitimidad. De tal manera, en el presente y siguientes apartados, nos dedicaremos al análisis de las variables ahora presentadas, iniciando en este momento con consideraciones relativas al constitucionalismo, reservando las posturas antagónicas para la siguiente sección.

Por el momento, cabe subrayar que se juzga preocupante el que comportamientos orientados a la consecución de intereses hegemónicos por parte de los Miembros Permanentes del CS puedan perpetuarse por medio de un enfoque constitucionalista.

Por otro lado, se estima que la particular naturaleza de la visión constitucionalista internacional, entendida como una que se desenvuelve en torno a un proceso recién iniciado, en curso, y cuya culminación se percibe como distante; permite considerar que el enfoque constitucional, pese a entrañar los peligros referidos, conlleva también la posibilidad de desarrollar mecanismos de control para atenuar los efectos perniciosos que pudieran devengarse ante una situación de instrumentalización del CS. Dicho sea de otro modo, si bien el empleo de nociones constitucionalistas ha permitido la expansión de poderes del CS, a través de la cual discutiblemente se amplían las facultades conferidas a sus Miembros Permanentes mediante la adopción de la CNU; se razona que, al mismo tiempo, ha posibilitado el desarrollo de controles indirectos a los actos del CS que, al encontrar justificación en el discurso constitucionalista, se encuentra constreñido a considerar.

Ahora, es preciso recurrir una vez más a la analogía federal y comenzar las consideraciones relativas al constitucionalismo en el plano doméstico, ámbito en donde se originó dicha figura y que, en la actualidad, algunos autores pretenden trasladar al ámbito internacional. Entonces, resultan útiles para dilucidar lo que en el plano interno se entiende por constitución las características que de dicho instrumento señala el célebre constitucionalista mexicano Felipe Tena Ramírez¹²⁸, quien para tales efectos parte de la noción de que una constitución puede ser entendida tanto en sentido material como en sentido formal. El sentido material del término implica tanto los preceptos que regulan la producción de normas generales –leyes–, como aquellos que regulan la creación y organización de los poderes públicos supremos dotándolos de competencia siendo esta última característica, el contenido mínimo y esencial de toda constitución. Por otro lado, una constitución en sentido formal se entiende como un documento solemne, un conjunto de normas jurídicas, que sólo pueden ser modificadas por procedimientos especiales a fin de dificultar su modificación. Tena señala que la limitante en cuanto a los procesos a seguir para modificar las normas constitucionales obedece a los modelos constitucionales francés y estadounidense –en los cuales se inspiran las constituciones occidentales– en tanto que estos pretendieron organizar el poder público de manera que se impidiera el abuso del poder. Finalmente, la situación anterior devenga en que el Estado se encierre y circunscriba en un sistema de

¹²⁸ Felipe Tena Ramírez, *Derecho Constitucional Mexicano*, (México, Editorial Porrúa S.A., 1984, pp. 22-25.

competencias y, que, además, reconozca por medio de su constitución los derechos fundamentales del individuo, para que expresa y concretamente se sustraigan de su invasión.

Prima facie, la idea de la existencia de una constitución en el plano internacional sustentada en las nociones presentadas pudiera percibirse como poco factible. Sin embargo, es preciso notar que, aunque ampliamente aceptados¹²⁹, los elementos constitucionales reseñados atienden a modelos occidentales que pese a gozar de gran difusión, no pueden ser considerados como universales o, que por lo menos, admiten distintos matices de lo que puede ser integrante de un orden jurídico constitucionalizado. En este sentido, el ejemplo paradigmático resulta ser el sistema constitucional del Reino Unido que carece de un documento constitucional único lo que brinda a su ordenamiento jurídico cierta abstracción y flexibilidad, características que de ninguna manera impiden identificar la composición constitucional de dicho Estado a partir no solo de ciertos documentos históricos, sino también, de legislación parlamentaria específica a la que se reconoce superioridad sobre el resto de la legislación; algunos tratados internacionales; el *common law* en materia de derechos individuales; y, los usos constitucionales¹³⁰. De tal manera, se entiende que la composición multidimensional del aparato constitucional británico, el cual, no solamente carece de un documento único, redactado con el propósito de fungir formalmente como una constitución, sino que además incorpora a su sistema elementos consuetudinarios, e incluso de distintos planos normativos –al incluir tratados internacionales–, sugiere la posibilidad de que en el plano internacional pudiese existir una estructura similar.

Valiéndose de una concepción más amplia que aquella presentada por Tena Ramírez y reconociendo que la sociedad internacional carece de una constitución que se anuncie como tal, Nicholas Onuf¹³¹ considera que es posible ver los rudimentos de una constitución material en el más importante de los tratados multilaterales, la CNU. Tales fundamentos, se encuentran inscritos en los artículos 1 y 2 del Capítulo Primero de

¹²⁹ El propio Tena Ramírez basa sus consideraciones en las obras de Hans Kelsen y Georg Jellinek, véase: *Ibid.*

¹³⁰ José Humberto Zarate, *et. al.*, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, (México D.F.: McGraw-Hill, 1997), p. 99.

¹³¹ Nicholas Onuf, “The Constitution of the International Society”, *The European Journal of International Law*, vol. 5, n°. 1, 1994, pp. 16-17.

dicho Instrumento¹³². Para el citado autor, los artículos 2.1 y 2.7 constituyen sendas reglas de reconocimiento que circunscriben la acción de los órganos de Naciones Unidas en pos de la consecución de los propósitos consagrados en el artículo 1, si bien pueden verse atenuadas proporcionalmente en la medida en que la Organización recurra a sus poderes implícitos. Aunado a lo anterior, Onuf considera que el artículo 2.4 de la CNU es una norma de *jus cogens* y pondera en el sentido de que podría argüirse con facilidad que el resto del Capítulo 1 de la Carta goza del mismo status. De tal manera, las características apuntadas, unidas al lenguaje utilizado en la redacción de los preceptos comentados¹³³ son para el referido comentarista fuertes indicios del status de estos como constitución material de la comunidad internacional.

Sumando a las consideraciones anteriores, Onuf¹³⁴ señala que la sociedad internacional siempre ha tenido una constitución formal representada por el Principio de Igualdad Soberana, el cual, desde hace un espacio de tiempo considerable ha tomado forma como regla de reconocimiento. De igual forma, desarrollado hace tiempo, el

¹³² El artículo 1 de la CNU establece los propósitos de la Organización que a la letra son: 1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz; 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y 4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes. Por su parte, el artículo 2 de la CNU establece los principios por medio de los cuales, tanto la Organización como sus Estados Miembros, deberán conducirse para la realización de los propósitos consignados en el artículo 1 y que a la letra son: 1. La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros. 2. Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta. 3. Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia. 4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas. 5. Los Miembros de la Organización prestarán a ésta toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva. 6. La Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales. 7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.

¹³³ Entre los que sobresale el preámbulo de la CNU que comienza de la siguiente forma: “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas...”.

¹³⁴ Nicholas Onuf, *Op. Cit.*, p. 17.

formato actual de los grandes tratados funciona como una regla que reconoce la división del Derecho Internacional en distintos regímenes, mismos que han sido codificados, extendidos y complementados por subsecuentes tratados. Para el citado autor, las reglas relativas a las reformas del aparato constitucional internacional aparecieron en el Siglo XIX bajo la forma de la doctrina de fuentes y se encuentran actualmente *formalizadas* en el artículo 38 del ECIJ y bien podrían calificar como una parte integral de la constitución material de la sociedad internacional. De tal forma, a través de los postulados presentados, es posible concebir una estructura constitucional a nivel internacional que se compone, de manera similar a la que conforma el sistema británico, de documentos escritos de distinta naturaleza, así como de elementos de naturaleza consuetudinaria.

Naturalmente, la horizontalidad y falta de centralización del sistema jurídico internacional, devengan en condiciones propicias para la construcción de un modelo constitucional descentralizado, compuesto en diversos niveles y a través de distintas instituciones jurídicas. De tal manera, se considera que, en la actual sociedad internacional, emergida a raíz de la creación de la ONU, han ido surgiendo instituciones de la naturaleza descrita que permiten vislumbrar el ascenso de un orden constitucional de valores cimentado en la consecución de objetivos primordiales para la comunidad internacional en su conjunto, como bien pudieran ser la preservación de la paz y seguridad internacionales, o bien, la protección universal de los DDHH. Tales fines, han permitido una mayor coordinación entre los sujetos primarios y derivados del Derecho Internacional, que ciertamente evidencian una transición respecto a la conformación y fines del Derecho Internacional. En este sentido, se advierte que la adopción del CNU representa el momento histórico en que los Estados deciden abandonar el esquema westphaliano basado en la coexistencia pacífica de los Estados, en favor de un entramado jurídico a través del cual, se condicionó el desarrollo normativo internacional a los principios consagrados en dicho instrumento. De tal forma, se transformarían no solo los procesos a través de los cuales los Estados concertaban obligaciones internacionales, sino que, a la vez, se determinaría la línea de desarrollo del Derecho Internacional, que, a partir de aquel momento, se encontraba sujeto a las limitantes en forma de principios contenidas en la CNU.

No obstante, el reconocer a la CNU como “la Constitución” de la comunidad internacional en su conjunto, requeriría un salto conceptual considerable, que no parece

posible realizar estirando los confines de la analogía federal. Empero, recordando que cada sistema jurídico no solo moldea, sino que se desarrolla en función de las condiciones sociales que pretende regular, se defiende la existencia de una rudimentaria constitución internacional, que resulta capaz de condicionar aspectos claves del desarrollo normativo internacional. Dicha constitución, posee una estructura comparable a aquella que ostenta la Constitución del Reino Unido en cuanto a que no se compone de un documento único formalmente redactado para tales efectos, sino que, por el contrario, se integra a través de diversas normas surgidas principalmente por vía consuetudinaria, y, consagradas o desarrolladas al amparo de instrumentos multilaterales de entre los cuales, la CNU ocupa un lugar primordial. De tal suerte, se estima pertinente ahondar el análisis sobre el posible carácter constitucional de la CNU con miras a dilucidar el impacto que dicho instrumento ha significado para el ascenso del incipiente orden constitucionalista internacional.

2.2.1 La Carta de las Naciones Unidas como Constitución de la Comunidad Internacional

Algunos autores, conciben a la CNU no como parte de un orden constitucional internacional, sino como la constitución misma del ordenamiento jurídico internacional, mismo que a raíz de su creación se concibe y desarrolla en función de dicho instrumento. Bardo Fassbender¹³⁵, uno de los autores más representativos de la visión antepuesta encuentra diversas características con relación al tratado constitutivo de la ONU que a su juicio dotan a dicho instrumento de un carácter constitucional. Para el citado autor, la redacción de la CNU fue un verdadero momento constitucional en la historia del Derecho Internacional en donde los grandes poderes concedidos al CS, así como los artículos 2.6 y 103 de la Carta indican una renuncia a los conceptos tradicionales de soberanía y bilateralismo, misma que a su vez señala un deseo de estabilizar la nueva situación acaecida por los cambios suscitados en el Derecho Internacional iniciados durante la Primera Guerra Mundial. Además, la CNU expresa un programa constitucional que delinea un nuevo orden mundial basado en la paz y la seguridad internacionales, así como en las relaciones de amistad entre las naciones. En este contexto, Fassbender apunta a que en el año de 1945, el término “Carta” era entendido como el equivalente de una constitución escrita y que por ende no es

¹³⁵ Bardo Fassbender, *Op. Cit.*, pp. 178-179.

casualidad que se haya preferido éste vocablo al anteriormente utilizado “pacto”, apelativo con el que se designó al instrumento que constituyó a la Sociedad de las Naciones; como tampoco lo es que se haya utilizado la expresión “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas” en el preámbulo de la CNU que puede considerarse como signo de que para la comunidad internacional, el poder constitutivo radica en los pueblos de las Naciones Unidas, independientemente del carácter convencional de su instrumento constitutivo.

Fassbender¹³⁶ considera que la historia constitucional de la comunidad internacional transcurre dentro de la ONU y ha sido, por lo tanto, moldeada por ésta. Este fenómeno, ha influenciado y redefinido lo que implica la transferencia de funciones propias de un gobierno estatal al plano internacional. En este sentido, se considera como una característica mínima de cualquier constitución el proveer un sistema de gobierno o por lo menos el desempeño de las tres funciones que esto implica, a saber, crear y aplicar la ley y, la adjudicación de disputas legales. Aunque en el plano internacional estas funciones son realizadas por la comunidad internacional, la CNU incluye previsiones explícitas relativas a la creación de normas, a su administración y a la adjudicación que asignan distintas y limitadas responsabilidades y poderes a diferentes organismos lo cual, hasta cierto grado, engloba un sistema de contrapesos. Inclusive, la CNU establece una jerarquía normativa al estar dotada de primacía sobre otras obligaciones a través de su artículo 103 que establece que “[e]n caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”. Asimismo, las reglas que establecen la obligación de cumplir con las decisiones del CS, apuntan también a una jerarquización de normas propia de un ordenamiento jurídico constitucionalizado.

En relación con el artículo 103 de la CNU, Pierre-Marie Dupuy¹³⁷ comenta que efectivamente la jerarquía normativa establecida mediante el referido numeral crea una situación que en ciertos aspectos parece similar a la existente en el plano municipal entre la constitución y la legislación ordinaria. Sin embargo, advierte que dicha similitud no debe de ser exagerada en cuanto a que el referido artículo plantea ciertos

¹³⁶ *Ibid.*, pp. 179-180.

¹³⁷ Pierre-Marie Dupuy, “The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 1, 1997, pp. 12-15.

problemas. Entre tales, destaca que la previsión referida no alude a la relación entre las obligaciones derivadas de la CNU y aquellas que están establecidas en el Derecho Internacional General, es decir, el derecho consuetudinario. De acuerdo con el citado académico, esta cuestión puede ser resuelta si se interpreta que, en su momento, los redactores de la CNU pretendieron mediante esta acción realizar una actualización comprehensiva de las normas consuetudinarias previamente establecidas y, con relación al surgimiento de normas ulteriores, hubiesen considerado que éstas si bien más por razones políticas que jurídicas, no podrían ser sustancialmente incompatibles con aquellas establecidas en la Carta. Otra importante consideración en este sentido, es aquella que surgiría de la consecución de un hipotético tratado bilateral entre dos EMNU celebrado en contradicción con alguno de los principios establecidos en el Capítulo 1 de la CNU, como pudiera ser el relativo a la libre determinación de los pueblos. En este contexto, Dupuy pondera sobre el origen de la ilicitud de dicha vulneración que al mismo tiempo pudiera ser entendido como un incumplimiento del artículo 103 de la CNU o como una violación de una norma imperativa de Derecho Internacional que existen simultánea, pero independientemente de lo previsto por la Carta. Así, para Dupuy, los problemas anteriores ponen de manifiesto que el carácter constitucional de la CNU es tan irrefutable, como incompleto.

Ante este panorama, parecen oportunas las consideraciones que realiza Michael W. Doyle¹³⁸ basándose en un caso desahogado ante la Corte Constitucional de Sudáfrica en donde dicho organismo judicial determinó que una constitución comprende un sistema único de derecho en el que ésta es la ley suprema y toda ley, incluida aquella de origen consuetudinario, obtiene su fuerza de dicho instrumento y, además, está sujeta a controles constitucionales. De tal manera, en vez de reflejar características propias de un orden constitucionalizado, la CNU más bien expresa los rasgos propios de un sistema jurídico internacional disgregado y descentralizado. En este sentido, ni todo el Derecho Internacional es producto de, ni está sujeto al control de la CNU, en tanto que evidentemente existen normas internacionales que preceden a la Carta y, además, otras tantas se han desarrollado paralelamente a dicho instrumento que además pueden

¹³⁸ Michael W. Doyle, “The UN Charter – A Global Constitution?”, en: Jeffrey L. Dunoff & Joel P. Trachtman (editores), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, (Nueva York: Cambridge University Press, 2009), pp. 113-116.

aplicarse al margen de lo que ésta disponga¹³⁹. Pese a lo anterior, Doyle reconoce que la CNU sí posee dos de las tres características identificadas como propias de una constitución, una de tales; la supremacía, es adquirida a través del ya referido artículo 103. Aunque dicha supremacía no cubre todo el Derecho Internacional, sino sólo aspectos de la Carta relacionados con la imposición de obligaciones –por ejemplo, aquellos relativos a la paz y seguridad internacionales-, tal condición devenga en que este instrumento tenga un carácter especial en comparación con cualquier otro tratado ya que, además, pretende ser perpetuo –puesto que no prevé el abandono de la Organización-, e indeleble –puesto que no admite reservas y es complicado de reformar. Finalmente, el citado autor señala que la característica más importante que posee la CNU es el estar dotada de una supranacionalidad institucional, misma que le permite ejecutar decisiones a través de la división de poderes entre sus organismos lo cual tiene como consecuencia que dichas facultades constituyan algo más que una simple delegación o transferencia de soberanía como pudiese ser entendida en cualquier otro tratado.

Pese a lo persuasivo de los argumentos arriba citados, no puede ignorarse la advertencia antes referida¹⁴⁰ que realiza José Enrique Alvarez en el sentido de que la equiparación del sistema de la CNU con aquél que impera en los Estados federados resulta de interpretaciones erróneas de los propósitos consagrados en dicho instrumento que tiene como propósito no precisamente la cesión de soberanía a la ONU, sino la conservación de la misma a través de la Organización. Con todo, aunque la ONU no haya sido creada para ser un gobierno mundial parece evidente que en el desempeño de sus funciones –algunas de las cuales no están contempladas en la CNU-, en ocasiones actúa como tal. Empero, circunscribir todo el ordenamiento jurídico internacional al tratado constitutivo de una OI parece un tanto excesivo ya que si bien es cierto que el instrumento en cuestión goza prácticamente de universalidad, otro tanto pudiese decirse de distintos regímenes internacionales creados por la vía convencional que además mantienen un grado de independencia significativo con respecto al sistema ONU, como pudiera ser el caso del sistema GATT-OMC que pese a contar con una membresía

¹³⁹ Doyle ilustra esta cuestión por medio de las normas relativas a la prevención y castigo del genocidio plasmadas en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 que obligan a sus signatarios (y a al resto de los Estados puesto que son normas de *jus cogens*) a prevenir, detener y sancionar el genocidio al margen de si el este puede considerarse como una asunto esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados en virtud del artículo 2.7 de la CNU o de si el CS tiene la autoridad para actuar en asuntos que vayan más allá de la paz y seguridad internacionales. Véase, *Ibid.*, p. 114.

¹⁴⁰ *Supra* nota 96.

menor a la de Naciones Unidas, representa la mayor parte del comercio internacional. Entonces, puede concluirse parcialmente que la visión de que la CNU es en sí misma la constitución de la sociedad internacional parece limitada en cuanto a que la existencia de otros regímenes que junto con dicho instrumento pudieran ser calificados como “constitucionales” levanta serias dudas en cuanto a la supremacía que por sí misma pudiera tener la Carta con relación al resto del ordenamiento jurídico internacional. No obstante, esto no obstaculiza en él pueda considerarse a dicho instrumento como un componente esencial de un entramado constitucional internacional comparable a aquel que impera en el Reino Unido. Esta, es una de las premisas sobre las que se sostiene el constitucionalismo internacional de valores, tema a tratar en el siguiente apartado.

2.2.2 La Constitucionalización del Derecho Internacional bajo un Sistema Universal de Valores

Visiones más amplias del constitucionalismo internacional que las reseñadas en el apartado anterior conciben la emergencia de un orden constitucionalizado a nivel internacional no bajo un instrumento único, sino bajo el Derecho Internacional mismo. Stefan Kadelbach y Thomas Kleinlein¹⁴¹ señalan que hoy se discuten distintos asuntos bajo el encabezado de la constitucionalización en el Derecho Internacional que incluyen temas como la erosión del consentimiento estatal en la creación de normas internacionales y la acumulación de normas universales, la compartimentación de intereses comunes globales en el Derecho Internacional y su jerarquización bajo la bandera de normas fundamentales, así como el entrelazamiento y complementariedad del derecho doméstico e internacional en cuestiones de estatalidad y reconocimiento. Además, estos desarrollos pueden estar basados en integraciones regionales o sectoriales u, ocurrir en una escala universal. Asimismo, suscitan cuestiones relativas a la legitimidad del Derecho Internacional Público. En este contexto, los internacionalistas dedicados al análisis de la constitucionalización del Derecho internacional se han concentrado en distintos aspectos como pueden ser los referentes a las normas fundamentales, aquellos que tienen que ver con la dimensión constitucional de los tratados fundacionales de las OI –entre los que se incluyen aquellos que consideran que la CNU es la constitución del Derecho Internacional- o, los que perciben

¹⁴¹ Stefan Kadelbach & Thomas Kleinlein, “International Law – a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles”, *German Yearbook of International Law*, vol. 50, 2007, pp. 3-5.

un constitucionalismo multidimensional. De tal manera, se coincide con los citados autores en cuanto a que consideran al constitucionalismo no como una teoría de Derecho Internacional Público en sí misma, sino como un enfoque doctrinario particular dentro de la corriente principal positivista del internacionalismo que intenta explicar los desarrollos en dicha disciplina como una tendencia a la realización de valores comunes globales sin ser ampliamente optimista y sin socavar la base consensual de los Estados para obligarse.

Anne Peters¹⁴² define al *derecho constitucional global o internacional* como el cúmulo de las normas más importantes que regulan la actividad política y las relaciones en la gobernanza¹⁴³ internacional consistente de Estados y otros sujetos de Derecho Internacional. Este apartado de normas y principios internacionales, resulta tan importante que merece el apelativo de *constitución*. De tal manera, el proceso de *constitucionalización* en el plano internacional consiste en el surgimiento, o incluso la caída en desuso de las normas anteriormente referidas. Dicho proceso, se realiza de manera continua en el tiempo y se asocia con la noción de *constitucionalismo* que contempla no solamente el tener *una* constitución, sino una que, acorde con la tradición histórica de los movimientos constitucionalistas europeos ocurridos durante los Siglos XVII y XVIII, pueda someter el poder político a las leyes y resultar en un gobierno de leyes y no de hombres. De tal suerte, la constitucionalización del Derecho Internacional se asocia con las nociones de imperio de la ley, control y revisión judicial.

Al considerar una visión más extensa del constitucionalismo internacional como la que arriba se presenta, se reafirma la idea que la CNU no puede por sí misma ser considerada como “la Constitución” de la sociedad internacional. En este sentido, Peters¹⁴⁴ advierte que el texto de dicho instrumento no codifica suficientemente aquello que es fundamental para el funcionamiento del ordenamiento jurídico internacional. Por lo tanto, las limitaciones que presenta la CNU como vehículo para instituir el imperio de la ley en el plano internacional obligan a pensar en la existencia de un conjunto de normas originarias que limitan el surgimiento del resto del ordenamiento jurídico. De nuevo, la noción del *jus cogens* aunada a algunos DDHH y a los Principios Generales

¹⁴² Anne Peters, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n°3 2006, pp. 582-583.

¹⁴³ Traducción libre del autor, en la versión original del texto en inglés Anne Peters utiliza la palabra “polity”, véase *Ibid.*, p. 582.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 598-599.

de Derecho Internacional se presentan como candidatos idóneos para ser los elementos primarios del ordenamiento constitucional internacional. Sin embargo, aunque ciertamente es posible detectar un elemento jerárquico en este tipo de normas que condiciona de manera limitada el surgimiento de normas internacionales, me adhiero a la citada autora cuando advierte que en el plano internacional la jerarquía tiene aún un carácter rudimentario.

Entonces, el constitucionalismo puede concebirse como un proceso evolutivo que mediante la combinación de distintas figuras normativas dispersas intenta limitar la creación y aplicación del Derecho Internacional acorde con el principio de legalidad. Ante la ausencia de una constitución *per se*, es posible concebir un aparato constitucional internacional cimentado en valores compartidos por la comunidad internacional. Desde esta perspectiva, la constitución internacional se compone de un sistema embrionario en el cual distintos regímenes regionales y sectoriales constituyen los bloques con que se edifica el orden público internacional. Dichos bloques, se encuentran unidos por un sistema nuclear de valores comunes a todos los sujetos internacionales, sistema que se encarna en una variedad de estructuras legales para su aplicación. En esta visión, los sistemas funcionales y regionales se constituyen en redes encargadas de aplicar normas de alto contenido ético –los valores– que a través de la práctica de los Estados han adquirido superioridad con respecto las demás. Siendo que los regímenes sectoriales se caracterizan por la ausencia de jerarquía entre ellos, la jerarquía emergente producto del aludido sistema de valores funciona como guía para la resolución de conflictos intersectoriales¹⁴⁵.

Erika de Wet¹⁴⁶ presenta un constitucionalismo que al igual que el concebido por Peters poco tiene que ver con una constitución en sentido formal que pudiese representarse en un instrumento único como la CNU. Bajo esta perspectiva, que comúnmente se conoce como *constitucionalismo basado en valores*, el orden constitucional internacional se percibe como emergente, compuesto de una comunidad internacional, de un sistema internacional de valores y, de estructuras rudimentarias que sirven para su aplicación. La citada autora, percibe su propia visión como una que se

¹⁴⁵ Erika de Wet, “The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n° 3, 2006, pp. 612-613.

¹⁴⁶ Erika de Wet, “The International Constitutional Order”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, n° 1, 2006, pp. 51.

aleja de concepciones anteriores en las que el constitucionalismo internacional se entendía como una mera referencia a un conjunto de normas fundamentales, tanto no escritas como codificadas, del orden internacional percibido como un todo integrado. Según su visión, la referencia a un orden internacional constitucionalizado involucra un proceso de organización y distribución de competencias entre los sujetos del orden jurídico internacional que da forma a la comunidad internacional, su sistema de valores y la aplicación de este último. Como se puede apreciar, la noción presentada en poco se asemeja a la idea de constitución que se tiene en el plano doméstico, puesto que representa más bien un proceso recientemente iniciado que pretende ser una respuesta a los cambios estructurales acaecidos en la sociedad internacional debido a la globalización.

En este sentido, es precisamente el sistema internacional de valores la parte medular del ordenamiento constitucional en gestación puesto que se encarga de cohesionar estructuras que de otra manera gozarían de un grado significativo –incluso total- de autonomía. Para De Wet¹⁴⁷, dicho sistema se compone de dos capas que contienen los valores fundamentales que mantienen unido al aparato constitucional, a saber: las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*. Consecuentemente, resulta posible apreciar una construcción constitucional multidimensional que parece tener elementos para superar la insuficiencia sustancial de la que adolece la CNU como candidata a constitución internacional puesto que su evolución no se encuentra limitada por un texto. Con todo, pese a no ser considerada como la constitución internacional, la CNU ocupa un espacio fundamental en la visión constitucionalista basada en valores. En este contexto, el tratado fundacional de la ONU se concibe como el principal factor de conexión entre los distintos sistemas regionales y funcionales. De tal forma, a través de la acción de los órganos por ella instituidos, la Carta ha contribuido a la emergencia de los DDHH como núcleo del sistema de valores y a su caracterización como obligaciones *erga omnes* o incluso perentorias, aportando de esta forma al Derecho Internacional la verticalidad requerida para poder si quiera considerar la existencia de una constitución internacional.

De tal manera, se deduce que el surgimiento de una constitución internacional debe entenderse más como una necesidad de la sociedad internacional contemporánea para

¹⁴⁷ Erika de Wet, “The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order”, *Op. Cit.*, pp. 614-616.

cuya consecución es posible identificar que se han colocado ya los cimientos, pero que, sin embargo, carece todavía de la aceptación universal necesaria como para ser considerada una realidad concreta. En este contexto, Jürgen Habermas¹⁴⁸, señala que, con posterioridad al fin de la Segunda Guerra Mundial, los avances del Derecho Internacional no fueron únicamente respuestas a las atrocidades cometidas en dicho conflicto bélico y por ende no estuvieron limitados a desarrollos en el campo de la seguridad y los DDHH al auspicio de la ONU. Por el contrario, Habermas considera que tanto dentro como fuera del sistema de esta Organización, han surgido sistemas internacionales de gobernanza en campos tan diversos como la energía, las finanzas, el comercio, el tráfico de armas, el medio ambiente y el sector laboral entre otros. De tal forma, la proliferación de OI obedece a la necesidad de regular generada por la creciente interdependencia de una sociedad internacional cuyos subsistemas funcionales cruzan las fronteras nacionales.

Asimismo, la pérdida de capacidad del Estado para tomar decisiones autónomas en áreas que anteriormente eran de su jurisdicción exclusiva lleva al citado autor¹⁴⁹ a proponer un orden constitucional en donde se desarrollen modelos que doten a los procesos de gobernanza internacional de mayor legitimidad democrática. Lo antepuesto, puede lograrse por medio de un sistema en donde una comunidad internacional *legalmente constituida* estuviese representada en una organización mundial cuya función sería supervisar que los Estados coexistan pacíficamente y que garanticen los derechos básicos de sus ciudadanos. Esta propuesta, no parece distanciarse mucho de lo que constituye actualmente la ONU. Sin embargo, en su modelo de organización, Habermas propone la creación de una institución equipada con una supranacionalidad de mayor alcance a la que actualmente goza Naciones Unidas. De tal manera, la nueva organización tendría una estructura jerárquica –lo que implicaría capacidades legislativas y ejecutivas- en áreas relativas al mantenimiento de la paz internacional y el respeto a los DDHH mientras que, en ámbitos tocantes a cuestiones tradicionalmente domésticas como la eliminación de disparidades en la distribución de la riqueza, la reversión de desequilibrios ecológicos y la promoción del discurso intercultural, entre otras; la composición de la organización sería horizontal permitiendo así la regulación de este tipo de cuestiones a través de negociaciones a un nivel transnacional.

¹⁴⁸ Jürgen Habermas, “The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for a World Society”, *Constellations*, vol. 15, N° 4, 2008, pp. 444-445.

¹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 444-446.

Finalmente, no sobra decir que el modelo propuesto debe realizarse dentro de un contexto democrático e inclusivo.

Aunque *prima facie* la propuesta de Habermas pudiera parecer utópica, una segunda mirada obliga a realizar consideraciones más profundas al respecto. Consecuentemente, se advierten paralelismos entre la hipotética organización ideada por el multicitado comentarista y una entidad ya existente: el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas. Dentro de la proposición arriba reseñada, encontramos esbozos de gobernabilidad que comprenden además de la capacidad de legislar, el monopolio del uso de la fuerza a nivel internacional o por lo menos, la posibilidad de imponer sanciones coactivas. En este sentido, el Órgano al que mediante la CNU le fue conferida la responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales es de hecho el único organismo a nivel mundial capaz de imponer medidas –incluso sanciones- no solo a los EMNU sino en ciertas circunstancias a Estados no Miembros e incluso, como algunas de las resoluciones objeto del presente estudio ponen de manifiesto, a personas humanas. Sin embargo, pese a las similitudes apuntadas, la manera en que opera el CS es diametralmente opuesta al modelo aludido en cuanto a que el funcionamiento de este organismo acusa un enorme déficit democrático y los procedimientos por medio de los cuales toma sus decisiones difícilmente pueden ser considerados como inclusivos.

Más aún, como se tratará con mayor detalle en la segunda parte de la presente tesis doctoral, relativa a la práctica del CS, algunos de los actos que ha llevado a cabo dicho organismo levantan serios cuestionamientos en el campo del respeto a los DDHH. Con todo, se defiende que son precisamente dichos cuestionamientos, o, mejor dicho, las reacciones a tales interrogantes, las que permiten comprobar ciertos atisbos de la emergencia de un constitucionalismo internacional cimentado en valores, en el sentido de que las respuestas por parte de ciertos tribunales regionales y locales, pertenecientes a sistemas jurídicos diversos, constituyen controles indirectos a la legalidad de las resoluciones del Órgano, que únicamente pudieron haber sido aplicados por dichas instituciones por medio del elemento cohesionador que encarnan los valores de la comunidad internacional en forma de DDHH. De tal manera, habiendo realizado este comparativo, la propuesta reseñada no se juzga ya tan utópica puesto que existe un organismo –si bien con capacidad de acción más limitada de la que describe Habermas- competente para supervisar la interacción en materia de seguridad y DDHH de

prácticamente la totalidad de Estados en el mundo pero cuyos procedimientos están prácticamente libres de control alguno puesto que, como habrá de comprobarse, los límites que circunscriben los actos del CS se consideran altamente indeterminados.

Con todo y las complicaciones que acarrea el papel que ha venido desempeñando el CS a partir de la década de los mil novecientos noventa, los poderes con las que ha sido dotado dicho Organismo lo convierten en una referencia constante en la literatura constitucionalista. Lo anterior puede explicarse a través del trabajo de una de las autoras más representativas del constitucionalismo internacional: Anne Peters¹⁵⁰. La citada autora explica el cómo por causa de la globalización cada vez son más los problemas que no pueden circunscribirse a un territorio nacional específico y que, por ende, diversas funciones de gobierno –entendido como el proceso total de regular y ordenar cuestiones de interés público- ahora se realizan a un nivel internacional. De tal manera, Peters considera que lo anterior evidencia un ahuecamiento de las constituciones nacionales lo que provoca que éstas devenguen incompletas. Por lo tanto, un *constitucionalismo compensatorio* en el ámbito internacional es algo deseable. En este sentido, presenta un concepto normativo de constitución que tiene su génesis en el sentido más amplio del término, el cual, se refiere al cúmulo de leyes que organizan e institucionalizan políticas. Así, el Derecho Internacional se encarna en las organizaciones e instituciones internacionales, siendo esto una constitución en el sentido más amplio.

Considerando ciertos elementos de las posturas constitucionalistas reseñadas, resulta posible integrar una noción de constitucionalismo que puede fungir como el esquema analítico a través del cual se perciben los desarrollos normativos objeto de la presente tesis doctoral. En primer término, como demuestra el análisis hasta ahora desarrollado, no puede considerarse que el voluntarismo haya sido suplantado de forma definitiva por el constitucionalismo internacional. No obstante, puede afirmarse el éxito del enfoque constitucionalista, en cuanto a que registra con éxito la tendencia a la realización de ciertos valores globales¹⁵¹. La realización de tales valores, no se conduce en virtud de un solo instrumento o texto constitucional, sino que se integra por distintos regímenes sectoriales que encuentran su enlace en el sistema común de valores al que aspira la

¹⁵⁰ Anne Peters, “Global Constitutionalism Revisited”, en Mortimer N.S. Sellers (editor), “International Legal Theory: Why Obey International Law?”, *American Society of International Law Proceedings?*, vol. 11, 2005, pp. 40-46.

¹⁵¹ Véase *supra* nota 141.

incipiente comunidad internacional¹⁵². Dicho sistema, compuesto esencialmente por el *jus cogens* y las obligaciones *ergam omnes*, entre las cuales es posible considerar a los DDHH¹⁵³, se encarna en una variedad de estructuras legales para su ejecución. Por último, el esquema descrito, surge como respuesta al aumento en la participación de los procesos de producción normativa internacional por parte de las OI, fenómeno que, a su vez, resulta de la pérdida de capacidad regulatoria del Estado en determinadas áreas que, al haber sido trasladadas al plano internacional, se revelan carentes de los controles democráticos que se han desarrollado al amparo de las tradiciones constitucionales de los Estados¹⁵⁴.

En condiciones de laboratorio, el enfoque referido resultaría en la instauración de una organización supranacional como aquella propuesta por Habermas¹⁵⁵. No obstante, las condiciones actuales de la sociedad internacional, inmersa en un proceso evolutivo, dentro del cual, convergen las visiones tradicionales del Derecho Internacional basadas en el voluntarismo con las nuevas interpretaciones que consideran la dilución del consentimiento estatal, al tiempo en que las concepciones tradicionales de soberanía se combinan con aquellas que estiman que esta ha sido calificada; obligan a considerar un modelo de constitucionalismo más limitado. Entonces, se considera la emergencia de un modelo de *constitucionalismo internacional imperfecto* por medio del cual, efectivamente se percibe el control de los organismos internacionales en función de valores compartidos por la comunidad internacional, si bien con resultados parciales. Por medio de este, se intenta compensar la falta de controles democráticamente establecidos en el plano interno que en parte ha caracterizado al desarrollo de la actividad normativa de las OI. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que extrapolación de instituciones emergidas del plano doméstico al internacional, será -por lo menos en la etapa embrionaria que atraviesa actualmente el constitucionalismo internacional-, necesariamente imperfecta.

De tal manera, no puede considerarse que las estructuras primarias con las que actualmente cuenta el constitucionalismo internacional puedan arrojar mecanismos de control plenamente desarrollados como ocurre en el plano interno. Sin considerar una visión idealizada del constitucionalismo estatal, que ciertamente tiene sus propias

¹⁵² Véase *supra* nota 145.

¹⁵³ Véase *supra* nota 147.

¹⁵⁴ Véase *supra* nota 150.

¹⁵⁵ Véase *supra* nota 148.

limitaciones, se entiende que el desarrollo centralizado por medio del cual se establecido en las democracias modernas, resulta más propicio para la instauración de mecanismos centralizados y jerarquizados de control. Por el contrario, en el plano internacional, donde apenas se advierte la emergencia de un reducido y disperso grupo de normas constitucionales, las estructuras de control que resulten de estas, tendrán forzosamente un alcance limitado, máxime si se considera que estas habrán de ser desarrolladas y ejecutadas por una variedad de estructuras legales operando en diversos planos jurídicos.

2.2.3 Las Organizaciones Internacionales como Autoridades Protectoras de los Bienes Públicos Globales

El constitucionalismo internacional se concibe como un proceso íntimamente ligado a las OI. Aunque en el plano internacional no hay una definición exacta de constitucionalismo, puesto que dicha precisión es probablemente imposible, muchos estarían de acuerdo en que el núcleo duro de este tiene que ver con limitar la actividad de las OI, sometiéndolas a estándares de conductas apropiadas. En este sentido, el constitucionalismo no se asocia con la gobernabilidad, sino con la provisión de un marco estable y legítimo para la interacción entre los sujetos del régimen, así como para la interacción entre dichos sujetos y los poderes constituidos. Bajo este esquema de pensamiento, es posible retomar la idea de que el constitucionalismo se asocia con valores como la democracia, transparencia, libertad de expresión y, el ejercicio de la autoridad bajo alguna forma de imperio de derecho. En el ámbito internacional, el control sobre las actividades que realizan las OI puede ser interno si emana de los propios documentos constitutivos de la organización o bien, externo, si está sujeto al Derecho Internacional y a estándares internacionales en materia de DDHH. Finalmente, bajo esta línea de pensamiento, la revisión judicial juega un rol determinante en tanto que son los jueces, personas educadas en Derecho y que deben estar por encima de intereses políticos, los más idóneos para salvaguardar el orden constitucional¹⁵⁶.

Entonces, entendiendo al constitucionalismo internacional como un proceso tendiente a la delimitación y distribución de competencias en el plano internacional, y situándolo en el contexto de las OI, es posible relacionar la relativización del

¹⁵⁶ Jan Klabbers, "Constitutionalism Lite", *International Organizations Law Review*, vol. 1, n° 1, 2004, pp. 32-33.

consentimiento como base normativa del Derecho Internacional con el empoderamiento de los llamados sujetos secundarios del Derecho Internacional y el desarrollo del movimiento constitucionalista en el marco internacional. En este contexto, la introducción de la noción de orden público internacional, así como la investidura de las OI o sus organismos subsidiarios como *autoridades internacionales* adquieren sentido. Consecuentemente, resulta entendible que el CS se perciba como uno de los protagonistas de la evolución constitucional del Derecho Internacional. De tal manera, me permito citar de nuevo la obra de Anne Peters que resulta ilustrativa de la situación relatada:

The current shift of the justificatory basis of international law manifests itself in a number of legal developments on the international plane which, in sum, account for an overall change of paradigm. The first cross-cutting phenomenon is the erosion of the consent requirement manifesting itself in the weakening of the persistent objector rule, third-party effects of treaties, and majority voting within treaty bodies and international organizations. A most conspicuous event in this context is legislation by the Security Council (binding via Article 25 UN Charter and circumventing eventual ratification requirements of parallel treaties). In this perspective, constitutionalism supplants voluntarism¹⁵⁷.

Al tenor de lo anterior, se advierte que pese a que la manera en que tradicionalmente se creaba el Derecho Internacional –a través de acuerdos mediante los cuáles únicamente se obligaban las partes contratantes– invitaba a equipararlo con el Derecho Privado, actualmente es posible identificar características que denotan que el primero se está tornando “más público”, entre otras razones, porque las normas que de este derivan ya no solo tienen impacto entre sus contratantes sino que algunas producen efectos para terceras partes. Además, es posible encontrar algunos rasgos que evidencian esta tendencia hacia lo público como pueden ser las normas de *jus cogens*, la distinción entre tratados bilaterales (el término hace alusión al tipo de obligaciones en ellos contenidas y no al número de Estados parte) y colectivos; en el sentido de que mientras que los primeros pueden ser asemejados a los contratos, los segundos, no pueden dividirse en obligaciones bilaterales ya que son celebrados para defender la existencia de intereses

¹⁵⁷ Anne Peters, “Global Constitutionalism Revisited”, *Op. Cit.*, pp. 50-51.

comunes o bienes públicos y pudieran incluso llegar a asemejarse con las constituciones, formando por lo tanto parte del Derecho Público. Así, las características anteriores señalan la existencia de un orden público internacional¹⁵⁸.

En este contexto, las acciones del CS pudieran ser catalogadas como actos propios de una autoridad internacional que guiada por un determinado ordenamiento constitucional tienden a la salvaguarda de los bienes jurídicos internacionales tutelados por dicho ordenamiento. De tal manera, se estima que determinando los conceptos de “bien público internacional” y “autoridad internacional” resulta posible una mejor visualización del acomodo que pueden tener las acciones legislativas del CS dentro del paradigma constitucionalista. Iniciando con la definición de lo que constituye los bienes públicos internacionales, se alude a la concepción presentada por Gregory Shaffer¹⁵⁹ quien intenta definir lo que él llama *Bienes Públicos Globales* (BPG) partiendo de una perspectiva económica. Desde esta óptica, un bien público es aquel cuyo consumo no puede ser excluido para nadie y cuyo empleo no produce rivalidades. Un bien público puede concebirse como algo positivo, como la generación de conocimiento o, algo negativo que se pretende restringir en cuanto a que su ausencia resulta deseable, como pudiera ser el terrorismo. Al tenor de lo anterior, Shaffer señala que aquellos interesados en promover la cooperación internacional, a menudo amplían esta definición clásica de la teoría económica para poder abarcar un mayor número de cuestiones por medio de acciones globales. El citado autor, advierte que un ensanchamiento exagerado de lo que constituyen los BPG conlleva el riesgo de volver al concepto tan maleable que pueda abusarse de éste, lo cual, a su vez puede conducir a escepticismo y cinismo en cuanto a su relevancia.

Se estima que el constitucionalismo se presenta como una respuesta a las necesidades generadas por la existencia de BPG cuya regulación requiere de esquemas más avanzados en donde las OI, que hasta hace relativamente poco tiempo habían sido meros catalizadores en el régimen de cooperación internacional consolidado durante el siglo pasado, pasen a ser auténticas autoridades internacionales. No obstante, la idea parece cuando menos discutible puesto que se juzga que la naturaleza misma de las OI desata serias consideraciones en cuanto a su idoneidad para asumir tal rol en el sistema

¹⁵⁸ Anne Peters, “Bienes Jurídicos Globales en un Orden Mundial Constitucionalizado”, *Op. Cit.*, pp. 77-79.

¹⁵⁹ Gregory Shaffer, “International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World”, *The European Journal of International Law*, vol. 23, n°. 3, 2012, pp. 673-674.

jurídico internacional. Tal y como explica Catherine Brölmann¹⁶⁰ las OI son sujetos multidimensionales que pueden actuar en una doble capacidad: primero, como foros de cooperación entre los Estados y, segundo, como entidades autónomas. Sin embargo, detrás de dicha autonomía permanecen legalmente visibles hasta cierto punto los Estados que las conforman. La referida autora describe esta situación a través de la metáfora del “velo institucional”. Este escenario, además de crear diversas dificultades conceptuales dentro del paradigma positivista –todavía imperante en el Derecho Internacional actual- desata consideraciones en cuanto a que la flexibilidad ofrecida por el llamado velo institucional puede acarrear problemas relativos a la responsabilidad en los diversos niveles de autoridades con capacidad de toma de decisiones que entre otras tantas, pueden incluir cuestiones concernientes al lugar en donde habrá de localizarse la responsabilidad en decisiones que impliquen violaciones a los DDHH.

De tal suerte, se juzga necesario cuestionarse sobre la naturaleza de lo que puede ser constitutivo de una autoridad internacional. En el plano doméstico esta cuestión se encuentra plenamente solventada por los respectivos ordenamientos constitucionales, sin embargo, en el plano internacional, en donde existen diversas concepciones de lo que compone una constitución y donde convergen distintas opiniones sobre los bienes jurídicos que ésta protegería, la cuestión está lejos de considerarse resuelta. Entonces, resulta adecuado reproducir la siguiente definición de lo que constituye el ejercicio de autoridad en el plano internacional presentada por Armin von Bogdandy, Phillip Dann y Matthias Goldmann, misma que se detalla en término siguientes:

[W]e define authority as the legal capacity to determine others and to reduce their freedom, i.e. to unilaterally shape their legal or factual situation. An exercise is the realization of that capacity, in particular by the production of standard instruments such as decisions and regulations, but also by the dissemination of information, like rankings. The determination may or may not be legally binding. It is binding if an act modifies the legal situation of a different legal subject without its consent. A modification takes place if a subsequent action which contravenes that act is illegal. Yet, we hold that the concept of authority needs to be conceived in a broader way than this rather traditional

¹⁶⁰ Catherine Brölmann, *The Institutional Veil in Public International Law: International Organizations and the Law of Treaties*, (Nueva York: Hart Publishing, 2007), pp. 1-6.

*definition. The capacity to determine another legal subject can also occur through a non-binding act which only conditions another legal subject. This is the case whenever that act builds up pressure for another legal subject to follow its impetus*¹⁶¹.

Acorde con esta definición, no solo el CS, sino todas aquellas entidades a través de las cuales se ha ilustrado el surgimiento de formas no consensuales de Derecho Internacional¹⁶² pudieran considerarse como autoridades internacionales. Ubicados en este paradigma, el Derecho Internacional estaría cambiando de ser un instrumento de cooperación a ser un sistema por medio del cual, resulta posible la realización de ciertas funciones de gobierno, y, que, a la vez, se encuentra circunscrito a límites prescritos por una constitución internacional. Sin embargo, esta idea parece prematura puesto que, por el momento, todavía resulta complicado realizar un control efectivo de las así llamadas “autoridades internacionales”. En este sentido, se entiende que una organización puede erigirse como autoridad e imponerse a los Estados incluso sin estar legalmente facultada para ello, siempre y cuando goce de cierta legitimidad entre los sujetos a los cuales habrán de aplicarse sus decisiones, aún y cuando esta no provenga de su aceptación sino más bien de una suerte de presión estructural que impide su oposición.

En sintonía con el concepto de autoridad internacional presentado, encontramos la visión de Jost Delbrück¹⁶³, para quien la evolución del Derecho Internacional ha superado ya tanto su etapa “clásica”, como aquella de la “Organización Internacional de la Comunidad de Estados” y actualmente está entrando en la “era de la globalización”¹⁶⁴. En este contexto, Delbrück señala categóricamente que, ante los

¹⁶¹ Armin von Bogdandy, *et. al.*, “Developing the Publicness of Public International Law. Towards a Legal Framework for Global Governance Activities”, en: Armin von Bogdandy, *et. al.* (editores), *The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law*, (Londres/Nueva York: Springer, 2010), pp. 11-12.

¹⁶² Específicamente: OIT, OECD, AIE, LEA, OACI, OMS, BM, AIF, FMI, UIT, UPU y, OMM.

¹⁶³ Jost Delbrück, “Prospects for a “World (Internal) Law”?: Legal Developments in a Changing International System”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 9, No.2, 2002, pp. 401-410.

¹⁶⁴ Se encuentra que la idea de que el Derecho Internacional ha iniciado una etapa distinta a aquella en que se desarrolló durante el siglo pasado y que comúnmente puede adjetivarse como “de cooperación” aparece bajo distintos matices en forma de lugar común en la literatura constitucionalista. En este sentido, Anne Peters señala que diversos autores consideran que la estructura del Derecho Internacional ha evolucionado ya de ser una de co-existencia por medio de la cooperación a ser una de constitucionalización que, aunque para algunos es una construcción académica, Peters justifica como un ejercicio legítimo de interpretación hermenéutica necesario ante las condiciones actuales acarreadas por la globalización. Con todo, la autora advierte que aún dentro de un orden generalmente más constitucionalizado persisten patrones de co-existencia y cooperación, véase: Anne Peters, “Global Constitutionalism Revisited”, *Op. Cit.*, pp. 39-40.

cambios estructurales sobrevenidos por el sistema internacional en esta última etapa histórica, el monopolio del Estado como actor político en este ámbito se ha roto completamente. En este sentido, hemos presenciado tanto a nivel interno como internacional un proceso de desnacionalización en donde el Estado transfiere competencias a actores privados y, en el plano internacional, también a organismos supranacionales como consecuencia de su pérdida de control en determinadas áreas de gobernanza doméstica e internacional. Consecuentemente, el Derecho Internacional ya no solo se crea por medio de Estados ni OI, sino que, además, incursionan en su composición una serie de organismos de carácter privado como las Organizaciones no Gubernamentales (ONG) o las corporaciones que imprimen un sello transnacional al ordenamiento jurídico internacional.

De tal manera, se concuerda con los autores reseñados a lo largo del presente apartado en que el Estado vive un proceso de disgregación evidenciado por el abandono de ciertas facultades que anteriormente desempeñaba exclusivamente. En este sentido, si bien se comparte la visión de que en algunos ámbitos la capacidad del Estado se ha visto rebasada y es por lo tanto necesario introducir –sobre todo en esferas que para su regulación requieran de altas consideraciones técnicas- otros actores en los procesos normativos internacionales, se entiende que, hasta ahora, aunque ciertamente los procesos aludidos han generado grados de centralización en algunas áreas del Derecho Internacional, estos se han dado de una manera dislocada en la que no queda del todo claro cómo está integrado el emergente ordenamiento constitucional en tanto que no existen, como en el plano doméstico, autoridades facultadas para interpretarlo. De tal suerte, parece que los riesgos que conlleva equiparar a las OI con autoridades internacionales –siendo el principal de estos la falta de controles adecuados para sus actos- son frecuentemente minimizados en la literatura constitucionalista en aras de la funcionalidad requerida para lidiar con los problemas de un mundo globalizado.

Así las cosas, parece válido introducir los siguientes cuestionamientos: ¿Cuáles son los criterios que han de reunirse para considerar a un organismo internacional cómo autoridad? ¿Es relevante el modo en que se establece una autoridad internacional? Y, de ser así, ¿cómo debe de establecerse? Tales interrogantes, resultan trascendentes en cuanto a que se realizan dentro de un contexto en el que se alude una supuesta jerarquización del Derecho Internacional. Dicha jerarquización, teóricamente responde, si no a una constitución *per se*, sí a la realización de ciertos valores constitucionales.

Recurriendo de nuevo a la analogía federal pudiesen responderse las cuestiones planteadas afirmando que los poderes que ostentan las OI para modificar la situación legal de determinados sujetos sin su consentimiento provienen de la figura de la delegación internacional, otorgada a través de la celebración de tratados que incluso pudiesen considerarse como *constitucionales*. Sin embargo, aunque esta respuesta pudiera satisfacer las inquietudes en cuanto a la legalidad de las actuaciones de los organismos referidos en condiciones de laboratorio, es decir, en donde los mandatos conferidos se siguiesen al pie de la letra, no parece suficiente utilizarla en un contexto real en donde las autoridades poseen la capacidad de expandir sus competencias de acuerdo a interpretaciones evolutivas de sus instrumentos constitutivos que, si bien pueden ser aceptables en virtud del Derecho Internacional, poco tienen que ver con actividades de gobierno como las que pretende justificar el constitucionalismo internacional. De tal suerte, lo que se encuentra son transformaciones evolutivas que dan lugar al surgimiento de autoridades internacionales que más que obedecer a cuestiones de legalidad, parecen responder a consideraciones políticas. En este sentido, parece relevante que tras la formación de este tipo de entidades exista cierta arquitectura basada en la inclusión de los actores a cuyas decisiones finamente habrán de afectar tal y como la organización internacional propuesta por Jürgen Habermas¹⁶⁵.

La problemática descrita adquiere dimensiones preocupantes en lo tocante a las actividades del CS puesto que debido a la composición y función primordial de dicho Organismo resulta sumamente complicado delimitar el alcance de la delegación a éste conferida. Así, mientras que otros organismos considerados como autoridades internacionales son percibidos como tal debido a poderes específicamente delegados por medio de los tratados que los crearon, las funciones del CS y su facultad para ejercerlas se han desarrollado de forma completamente distinta. En relación con lo anterior, es posible observar que las variaciones en la percepción de incremento de autoridad del CS han tenido lugar sin que haya ocurrido cambio alguno en las previsiones legales relevantes en la CNU. De tal manera, puede considerarse que lo que importa en relación con la autoridad del CS –incluso de cualquier organización– es el cómo los actores principales perciben el mandato legal que les fue conferido, más que el texto del mandato legal en sí mismo. Por ende, cambios ampliamente compartidos en la

¹⁶⁵ Véase *Supra* nota 149.

interpretación de la CNU pueden modificar el grado de autoridad de la que goza el Consejo, aún y cuando el texto permanezca igual¹⁶⁶.

De tal forma, se encuentra que el sistema jurídico internacional aún carece de la seguridad y certeza que brindaría un orden propiamente constitucionalizado. En este sentido, se estima que el éxito en la consolidación de un aparato constitucional a nivel internacional reside no tanto en la jerarquización del ordenamiento jurídico internacional –fenómeno sobre el cual coincidimos en que ya pueden encontrarse ciertos indicios que apuntan en tal dirección-, sino en el establecimiento de controles de legalidad a las autoridades encargadas de la protección de los bienes jurídicos pertenecientes a dicho ordenamiento, así como de la realización de los valores que le son propios. Sin embargo, bajo una perspectiva pragmática debe advertirse que en un contexto en donde la legitimidad –en forma de aceptación *a posteriori* de los actos de las autoridades- parece en ocasiones poder separarse de la legalidad, establecer dichos controles se percibe como una tarea titánica. Por ello, parece pertinente considerar a continuación los postulados del DAG, rama que comparte con el constitucionalismo la preocupación por la salvaguarda de los BPG y que pretende a su vez, ofrecer soluciones en forma de contrapesos a los problemas suscitados debido a la gobernanza internacional.

2.3 El Derecho Administrativo Global como Alternativa al Constitucionalismo

La corriente del DAG se presenta a sí misma como una disciplina que estudia desarrollos normativos que, al igual que aquellos a los que se refiere el constitucionalismo, se encuentran todavía en una etapa embrionaria. Kingsbury, Krisch y Stewart¹⁶⁷, consideran que están surgiendo patrones de gobernanza internacional en la forma de DAG y que detrás de éste fenómeno, es posible encontrar un vasto incremento en el alcance y formas de regulación y administración trans-gubernamental diseñadas para lidiar con la interdependencia globalizada en área tan diversas como la seguridad, las condiciones para el desarrollo y asistencia a los países en vías de desarrollo, protección al medio ambiente, regulación bancaria y financiera, aplicación de la ley,

¹⁶⁶ Bruce Cronin & Ian Hurd, “Introduction”, en: Bruce Cronin & Ian Hurd (editores), *The UN Security Council and the Politics of International Authority*, (Nueva York: Routledge, 2008), p. 12.

¹⁶⁷ Benedict Kingsbury, *et. al.*, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, n° 15, pp. 16.

telecomunicaciones, el comercio de bienes y servicios, propiedad intelectual, estándares laborales y, movimientos transfronterizos de poblaciones. Como consecuencia de lo anterior, han emergido distintos sistemas de regulación transnacional surgidos de tratados o de mecanismos más informales de cooperación intergubernamental, cambiando por ende la toma de ciertas decisiones normativas del plano nacional, al internacional. Los citados autores advierten que gran parte del detalle e implementación de la regulación aludida es implementada por órganos administrativos transnacionales, entre los cuales se incluyen las OI que desempeñan funciones administrativas pero que no están directamente sujetas al control de los gobiernos nacionales, o, en el caso de aquellos regímenes establecidos mediante tratados, a los gobiernos partes de dichos instrumentos.

De acuerdo con Nico Krisch¹⁶⁸ la relación entre el constitucionalismo internacional y el DAG a menudo se caracteriza ya sea como una de competencia o bien, una de sustitución. Empero, el citado autor advierte que ninguna de las dos visiones es correcta, pues se trata de proyectos distintos. Sin embargo, Krisch considera que el tipo de proyecto que representa el DAG, a saber, de una escala menor y un alcance más modesto, lo torna más adecuado para la revisión académica y la reforma política que el enfoque holístico que personifica el constitucionalismo. De tal manera, mientras que las visiones constitucionalistas se proponen describir y desarrollar un ordenamiento global plenamente justificado, los partidarios del DAG se enfocan en aspectos específicos de la gobernanza global circunscribiéndose al análisis y realización de objetivos políticos más limitados, especialmente, la rendición de cuentas. En este sentido, el citado autor considera que el enfoque constitucionalista encuentra su potencial limitado desde sus bases mismas en tanto que construye el esquema de rendición de cuentas de la gobernanza global a partir de la figura de la delegación y el control de la misma. Por lo tanto, los constitucionalistas utilizan una perspectiva doméstica inadecuada puesto que pasan por alto que a nivel internacional la delegación inicial de poderes conferida a cualquier OI es generalmente lacónica y contiene únicamente una vaga guía en cuanto al alcance de los poderes conferidos, especialmente en relación con los poderes no formales o implícitos.

¹⁶⁸ Nico Krisch, “Global Administrative Law and the Constitutional Ambition”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, London School of Economics and Political Science, Law Department, 2009, pp. 2-4.

Así las cosas, Krisch¹⁶⁹ considera un desacierto constitucionalista esperar que el sistema democrático que impera en un considerable número de Estados sea trasladable al plano internacional. Entonces, la insuficiencia democrática, aunada a la indeterminación y falta de control sobre las diversas delegaciones internacionales podría devengar en la legitimación de estructuras deficientes que, dado el estado de la política mundial actual, terminarían beneficiando sólo a los más poderosos. Como ejemplo de lo anterior, el citado autor señala que aquellos que proponen a la CNU como documento constituyente internacional, no toman en cuenta que pese al lenguaje constitucionalista que utilizan para referirse a dicho instrumento, éste, más que como una promesa de gobierno mundial fue creado para legitimar la distribución de poderes existente tras la Segunda Guerra Mundial. Con todo, el DAG no se presenta como una corriente opuesta al constitucionalismo, sino como una línea que, desde un ángulo distinto, busca también la legitimidad en el plano internacional. Consecuentemente, sin tomar prestadas nociones domésticas sino más bien inspirándose en ellas, el DAG propone un enfoque de mínimos procedimentales que operen como contrapesos con el fin de que las entidades capaces de tomar decisiones a nivel internacional sean responsables ante los destinatarios finales de las mismas.

Por su parte, Shaffer¹⁷⁰ señala que el enfoque proporcionado por el DAG ayuda a tratar las deficiencias de la visión presentada por el constitucionalismo global al proveer mecanismos de rendición de cuentas derivados del derecho administrativo doméstico, los cuales, pueden ser utilizados para controlar la toma de decisiones centralizadas a nivel internacional. Entre los mecanismos propuestos por el DAG, destacan aquellos relacionados con la transparencia y el acceso a la información, la cooperación con la sociedad civil y las legislaturas nacionales; además del monitoreo, inspección, reporte y rendición de cuentas respecto de los procedimientos; así como requisitos en cuanto a brindar razones acerca de determinada actuación, el cumplimiento de estándares substantivos como puede ser el de la proporcionalidad y, por supuesto, la revisión judicial. De acuerdo con el citado autor, los referidos mecanismos pueden resultar útiles en la regulación de BPG y pueden ser desarrollados a través de tratados internacionales. Sin embargo, advierte que, en relación con la toma de decisiones por parte de

¹⁶⁹ *Ibid.*, pp. 10-14.

¹⁷⁰ Gregory Shaffer, *Op. Cit.*, pp. 687-689.

instituciones internacionales, éstas deben de ser supervisadas particularmente por grupos privados encargados de presionar a los representantes públicos.

El DAG se basa en la idea de una sociedad internacional pluralista que ya no solo se encuentra compuesta por Estados, sino por una serie de actores transnacionales entre los que destaca la persona humana. De tal manera, la figura de la delegación internacional, adquiere nuevas dimensiones bajo el DAG, en cuanto a que este reconoce como los destinatarios finales de la regulación administrativa a la persona humana y, por ende, acorde con un entendimiento contemporáneo de lo que implica la soberanía estatal, subraya la necesidad de controles a la toma de decisiones en el plano internacional. Por consiguiente, se encuentra que el DAG está en sintonía con la idea de que a partir de la segunda mitad del siglo pasado y a través de la consolidación de los DDHH, el derecho económico internacional y, la emergencia de una sociedad civil internacional; el modelo regulatorio para una sociedad de Estados cada vez se torna más inadecuado tanto empírica como normativamente. En este sentido, se coincide con Frank J. García¹⁷¹ cuando con respecto a lo antedicho señala que las críticas actuales que enfrentan el Derecho Internacional y las instituciones internacionales relativas a la falta de participación democrática, legitimidad y preocupación por la ausencia de justicia distributiva, no son problemas propios del modelo que regula a una sociedad de Estados, sino problemas que advierten que dicho modelo ha llegado a sus límites.

Situados en el esquema de pensamiento del DAG, puede entenderse al CS como un órgano administrativo al cual los Estados han delegado amplias competencias en materia de seguridad internacional. Dichas competencias, han sido incrementadas por el Consejo bajo la aceptación –si bien discutida- de sus mandantes, debido al carácter global de la problemática que enfrenta, misma que requiere de una efectividad que solo una autoridad internacional es capaz de proporcionar. Empero, se juzga que las capacidades normativas del CS y el alcance de las mismas se han desarrollado a una velocidad mucho mayor que los controles “constitucionales” o “administrativos” requeridos para asegurar que, además de que sus acciones estén dotadas de la proporcionalidad y transparencia requeridas, no vulneren los DDHH de las personas a quienes finalmente se aplican las sanciones que de estas derivan.

¹⁷¹ Frank J. García, “Globalization and the Theory of International Law”, *International Legal Theory*, vol. 11, 2005, pp. 11-12.

De tal suerte, ante la falta de desarrollo de controles de legalidad adecuados para las acciones del CS en el ámbito internacional, organismos otrora ajenos a su actividad, como son los tribunales domésticos, han tenido que asumir el papel de contrapeso para los actos de dicha entidad. Dicho fenómeno, es reconocido por los partidarios del DAG, para quienes los intentos de las cortes domésticas por asumir jurisdicción sobre los actos de instituciones internacionales, incluido el CS, se perciben como una respuesta ante la falta de auténticos controles a nivel global. En este contexto, relatan como ciertos individuos han entablado demandas ante los tribunales domésticos de algunos Estados de la UE, a través de las cuales han desafiado los reglamentos europeos mediante los que se ejecutan las sanciones selectivas del CS para la lucha contra el terrorismo. De tal manera, se refieren al caso de tres ciudadanos suecos de origen somalí que argumentaron frente al Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (TPI) que habían sido erróneamente sancionados, sin, que, además, se hubiesen respetado sus garantías procesales. El TPI rechazó su solicitud de medidas provisionales, reservando su juicio para la etapa de méritos. Poco después, el Comité de Sanciones del CS decidió suprimir a los dos demandantes de la lista de sanciones. Asimismo, estableció un procedimiento de supresión por medio del cual, a través de sus Estados de nacionalidad o residencia, aquellos interesados podrían solicitar su exclusión de la lista¹⁷².

Desde la trinchera del constitucionalismo basado en valores, Erika de Wet¹⁷³ atribuye en parte la creciente participación de los tribunales nacionales como mecanismos de vigilancia de la correcta aplicación de los DDHH a una suerte de *efecto derrame* producto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Partiendo de la premisa de que el sistema europeo de protección a los DDHH es el más avanzado a nivel internacional, De Wet considera que esto ha resultado en el surgimiento de un orden público europeo cuyo solapamiento con el sistema internacional de valores en su conjunto ha derivado en que el primero fortalezca significativamente al segundo. De tal manera, las decisiones del referido Tribunal han influenciado no solo a aquellas tomadas por organismos internacionales especializados en materia de protección a los DDHH, sino también a aquellas emitidas por organismos que se encuentran fuera de dicho ámbito funcional, como son los tribunales y cortes domésticas. Consecuentemente, esta situación ha tenido un alto impacto normativo en

¹⁷² Benedict Kingsbury, *et. al.*, *Op. Cit.*, pp. 31-32.

¹⁷³ Erika de Wet, "The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order", *Op. Cit.*, p. 629.

cuanto a que los estándares de protección del sistema europeo que tienden a favorecer la aplicación de los DDHH por encima de otras normas internacionales han sido emulados por las entidades aludidas, contribuyendo de tal manera a la jerarquización en el sistema internacional de los derechos fundamentales.

En este momento, no se pretende realizar un análisis exhaustivo de la actividad jurisdiccional suscitada en el ámbito de los tribunales regionales y domésticos en relación con la implementación de las resoluciones del CS, tarea que se reservará para la tercera parte de la presente tesis doctoral. Por ahora, basta la alusión a dicho fenómeno para evidenciar las complicaciones que pueden derivarse de lo que se percibe como una alta indeterminación en los poderes delegados al CS. En este sentido, se entiende que ni el constitucionalismo internacional, ni el DAG, ofrecen una forma enteramente satisfactoria de tratar con dicha cuestión, incluso considerando que este último enfoque pretende circundar el problema mediante una posición más pragmática. Lo anterior, se estima como una incongruencia del enfoque administrativo global ya que parece que difícilmente se podrán diseñar y aplicar contrapesos efectivos si no se tiene un alto grado de certeza sobre aquello que se pretende controlar.

De esta forma, el constitucionalismo internacional se presenta como un enfoque más adecuado para considerar el desarrollo o implementación de controles de legalidad a organismos cuyos actos son susceptibles de trastocar los DDHH de los individuos. Al centrar su interés en la realización de valores comunes a la sociedad internacional en su conjunto, el constitucionalismo consigue determinar plenamente aquello que pretende controlar. Si bien pueden entenderse las críticas presentadas por los partidarios del DAG, en el sentido de que un enfoque demasiado ambicioso conlleva riesgos de instrumentalización por parte de ciertos grupos de poder en el ámbito internacional, se considera que, el amplio alcance atribuido actualmente a la protección de los DDHH, ofrece condiciones mucho más propicias para la regulación del comportamiento de los actos de ciertos organismos internacionales. Por ende, pese al relativismo asociado con dichas normas, se entiende que la jerarquía que actualmente se reconoce a los DDHH en el sistema jurídico internacional, permite la consideración y aplicación de tales normas de forma simultánea en diversos planos jurídicos, situación que posibilita avanzar en la concreción del contenido de las mismas. De tal manera, a través del efecto derrame descrito por Erika de Wet, se torna viable la coordinación de controles de legalidad que, independientemente del esquema normativo por medio del cual terminen siendo

aplicados, habrán surgido en función de la preservación de los valores compartidos por la comunidad internacional.

Asimismo, aunque se considera que ciertamente es posible identificar la producción de BJG, a saber, la seguridad internacional en el quehacer del CS, el estiramiento sobrevenido en los poderes de dicho Organismo ha tenido como consecuencia que la delegación a este concedida mediante la CNU se torne altamente indeterminada. Si bien el alcance de los poderes del CS ha sido desde su creación objeto de debate, actualmente, el creciente espectro de los mismos evidenciado por el hecho de que los efectos de sus decisiones tienen impacto global, complica enormemente la delimitación de los ya de por sí elusivos límites a las facultades que ostenta el Órgano en virtud de la CNU. Es mi opinión, que el relativamente reciente involucramiento de las jurisdicciones locales en las actividades concernientes al CS denota un comportamiento reactivo ante la ausencia de pautas claras de comportamiento en la toma de decisiones del máximo órgano político de Naciones Unidas. No obstante, se juzga como altamente improbable el que ciertas cortes domésticas, incluso regionales, pudieran implementar controles de legalidad a las decisiones del CS, desarrollados en función de la delegación de poderes conferida a dicho organismo por los EMNU. Primeramente, debe tenerse en cuenta que ningún tribunal, nacional o internacional, se encuentra expresamente facultado para revisar la conformidad de los actos del CS con la CNU. Como se desarrollará más adelante, la CIJ ha venido revisando indirectamente las acciones del CS a través de ciertas sentencias y opiniones consultivas que ha rendido, en donde incidentalmente se ha tenido que pronunciar sobre la legalidad de los actos del CS, confirmando, en cada una de las instancias referidas, la conformidad de las decisiones del Consejo con las amplias facultades que le confiere la CNU.

Por el contrario, al procurar la protección de los DDHH de aquellos individuos afectados directa o indirectamente por las decisiones del CS, algunos tribunales domésticos y regionales han conseguido con éxito cuestionar indirectamente la legalidad de los actos del CS. De tal manera, al anular los actos internos mediante los cuales se implementan las resoluciones del Órgano, han desarrollado fórmulas mediante las cuales han conseguido ampliar la protección a los DDHH de las personas bajo su jurisdicción, sin cuestionar la validez de las decisiones del CS en el plano internacional. Aunque controversial, el desarrollo de la revisión indirecta a los actos del CS por parte de organismos judiciales regionales y locales, no solo ha resultado efectivo para

subsana algunas de las deficiencias en materia de DDHH asociadas con la implementación de los regímenes para la lucha contra el terrorismo internacional instaurados por el Consejo, sino que, además, ha sido clave para lograr la autorregulación del Órgano, puesto que ha incrementado su conciencia sobre la importancia de una mayor consideración de los DDHH en la toma y ejecución de sus decisiones. Tales desarrollos, en línea con los postulados del constitucionalismo internacional basado en valores, serán ampliamente analizados durante la tercera parte del presente estudio. Por ahora, interesa destacar que el enfoque holístico de dicha corriente, no necesariamente implica una limitante que opere en su contra. Por el contrario, si bien de forma amplia, la determinación de un parámetro concreto y universalmente reconocido como los DDHH para la valoración de los actos de las OI, permite una aproximación más efectiva a los actos de dichas entidades, que aquella que pudiera lograrse mediante un intento por determinar y, dicho sea de paso, sujetar al CS, a los límites impuestos por la delegación de funciones que se le ha conferido mediante la CNU.

Así las cosas, la lógica jurídica incita a considerar que el establecimiento de controles de legalidad adecuados para los actos del CS tiene que ver en gran medida con el esclarecimiento de la delegación a éste conferida en tanto que esto contribuiría a la delimitación del alcance de sus poderes. Situado en la teoría económica del agente-principal, Erik Voeten¹⁷⁴ explica como a primera vista la autoridad delegada por la mayoría de los EMNU (los principales), al CS (el agente), parece formidable en cuanto a que la centralización de respuestas colectivas ante amenazas a la paz y seguridad internacionales en la forma de medidas jurídicas vinculantes de largo alcance por parte del Consejo puede brindar ventajas como neutralidad, maestría, o cualquier otro activo que a los Estados les cueste producir en dicho ámbito sin la presencia de una OI. Bajo este esquema, es deseable que los Estados concedan cierta discreción al CS para la realización de sus tareas. Sin embargo, esto devenga en un complicado sistema de compensaciones puesto que, por un lado, es posible que los primeros deseen que las acciones del segundo sean acordes a sus objetivos particulares mientras que, por el otro, restringir la capacidad de acción del agente puede resultar en una neutralización de las ventajas brindadas por la delegación. De tal forma, es posible observar que la

¹⁷⁴ Erik Voeten, "Delegation and the Nature of the Security Council Authority", en: Bruce Cronin & Ian Hurd (editores), *The UN Security Council and the Politics of International Authority*, (Nueva York: Routledge, 2008), p. 43.

delegación internacional constituye todavía, por lo menos en el caso específico del CS, una figura demasiado abstracta por medio de la cual anclar contrapesos a la producción del BPG que representa el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

Al tenor de lo antedicho, parece acertada la percepción que ofrece el propio Voeten¹⁷⁵ cuando señala que en un ambiente anárquico como puede ser catalogado aquel en el que se desenvuelven las relaciones internacionales, la creación de un organismo como el CS se presenta como una solución ante las posibles dificultades que prevendrían la cooperación de los Estados en la preservación de la paz mundial. Sin embargo, tales dificultades vendrían a ser suplantadas por aquellas relativas a la distribución de derechos de control, reglas relativas a la toma de decisiones y discrecionalidad, entre otras; que en el caso que nos ocupa añaden a la indeterminación aludida en cuanto a que es posible realizar una analogía entre la CNU y un contrato a largo plazo en donde las partes generalmente no pueden anticipar todos los futuros estados del mundo en donde puede aplicarse el contrato.

Lo anterior parece sugerir que la indeterminación producto de este tipo de esquema a la que responde la creciente actividad de tribunales regionales y domésticos podría ser mitigada por reglas de procedimiento *ad hoc* que clarificasen lo que se espera del CS en cumplimiento de su función primordial de mantener la paz y seguridad internacionales. Sin embargo, como se trató en los párrafos anteriores y como demuestra la experiencia de la Sociedad de las Naciones, un CS “demasiado” regulado pudiera resultar inefectivo. Más aún, la escasa práctica relativa a reformas formales de la CNU resulta indicativa en el sentido de que esta quizá no sea la vía óptima –o por lo menos la preferida- por los EMNU para lograr una mayor participación en la producción y manutención del BPG que constituye la seguridad internacional. El escenario descrito, genera cierto escepticismo con relación a la posible efectividad del desarrollo de controles a los organismos internacionales, particularmente al CS, puesto a que pareciera ser, que, al menos por el momento, los EMNU no poseen la voluntad, incluso, la capacidad, de precisar el alcance de la delegación de poderes conferida al CS.

La situación reseñada describe un panorama que evidencia las tensiones causadas por las colisiones normativas producto del solapamiento entre distintos ordenamientos

¹⁷⁵ *Ibid.*, pp. 44-45.

jurídicos. En este sentido, se coincide con Nico Krisch¹⁷⁶ cuando señala que la regulación global enfrenta desafíos por parte de los tribunales locales, la sociedad civil internacional y por regímenes internacionales que compiten entre sí pero que, sin embargo, funcionan con relativa independencia a través de retos mutuos en vez de como agentes que cumplen su parte en un sistema coherente e integrado. Krisch describe a este fenómeno como “Derecho Administrativo Pluralista” y considera que es poco probable que este se desvanezca ante la creación de mecanismos más robustos de rendición de cuentas. Añadiendo a la problemática descrita, el citado autor advierte que el hablar de un déficit en el área de rendición de cuentas a nivel internacional puede resultar engañoso puesto que la mayoría de las instituciones regulatorias –entre las que por supuesto se encuentran las OI- son a menudo ampliamente controladas por sus constituyentes. Entonces, el problema no radica en una falta absoluta de responsabilidad que pueda ser subsanada mediante el fortalecimiento técnico de mecanismos de control, sino más bien en el hecho de que a menudo, se opone la responsabilidad de las instituciones regulatorias internacionales a sujetos incorrectos. En este sentido, el CS, por ejemplo, debería de responder no a los Estados que lo conforman, ni a la totalidad de los EMNU, sino a los individuos objeto de sus sanciones. Sin embargo, pese a la evidente naturaleza pública de decisiones como las que se describen, parece difícil lograr una más amplia responsabilidad para las OI y sus sub-organismos ya que esto implicaría pérdida de control e influencia para los agentes que actualmente controlan dichas entidades.

Por ende, aunque se concuerda con Krisch en el sentido de que los mecanismos de control para las instituciones que realicen funciones de gobernanza a nivel internacional deberían de ser accesibles a aquellos directamente afectados por dichas funciones, parece dudoso su señalamiento de que dichas entidades se encuentran debidamente controladas, pero en circunscripciones equivocadas. Es mi opinión, que el control en tales niveles es también insuficiente. En este contexto, es preciso tomar en cuenta que la delegación no es la única fuente de autoridad del CS. Adicionalmente, no existe evidencia de que los EMNU valoran al CS por sus cualidades morales y procedimentales o por su aplicación consistente de las normas internacionales. Por el contrario, la legitimidad de la que goza el Órgano parece depender de la percepción que

¹⁷⁶ Nico Krisch, “The Pluralism of Global Administrative Law”, *The European Journal of International Law*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 248-251.

el resto de los Estados que no lo componen tengan de él. Por lo tanto, dicha legitimidad aumentará cuando las acciones del CS favorezcan los intereses de tales Estados y disminuirá cuando no lo hagan¹⁷⁷.

De tal manera, aunque se estiman como valiosas las ideas presentadas tanto por la corriente constitucionalista internacional como por los partidarios del DAG en función de su potencial académico y como teorías normativas, se considera que ambos enfoques se encuentran todavía a una distancia considerable de las metas que proponen. Si bien los autores reseñados aclaran que los procesos que analizan se encuentran en una etapa primaria y reconocen las dificultades que conlleva el desarrollo del Derecho Internacional en la dirección que apuntan, todavía, se advierten importantes limitaciones en sus planteamientos que no parece puedan ser superadas en el corto plazo. En este sentido, se considera el problema que plantea la figura de la delegación como uno de los más trascendentes, puesto que se juzga que ambas corrientes lo abordan de manera tangencial, procurando muy frecuentemente, buscar la legitimación de los actos de las OI de manera *a posteriori* a su ocurrencia. Preocupantemente, se advierte que, al criticar el empleo de dicha figura por parte del constitucionalismo, el DAG se evidencia como paradójico, en cuanto que, al pretender distanciarse de esta no explica la base que constituye el estándar sobre el cual habrán de desarrollarse los controles tendientes a la rendición de cuentas que propone. Si bien se reconoce la naturaleza evolutiva intrínseca de los instrumentos fundacionales de las OI, así como del Derecho Internacional en general, parece que en contextos en donde se utiliza un lenguaje relativo al imperio de la ley, la rendición de cuentas y la jerarquización del ordenamiento jurídico; en ocasiones resulta apresurado descartar interpretaciones acordes a lo que todavía prevalece como la fuente principal de las obligaciones internacionales: la voluntad estatal. En el caso particular del control de legalidad a los actos del CS, pareciera que de acuerdo a lo hasta ahora expuesto, la opinión pública juega un papel más relevante en la dirección que habrán de tomar las decisiones del Órgano que aquel que desempeñan las reglas de reconocimiento y procedimiento de las que se ocupan las corrientes reseñadas.

Todavía, el constitucionalismo internacional se presenta como la alternativa más adecuada para desarrollar controles de legalidad a los actos de la OI, puesto que permite circunscribir las acciones de organismos como el CS, de una forma relacionada, más no

¹⁷⁷ Erik Voeten, *Op. Cit.*, p. 44.

sustentada *per se* en la delegación de poderes que se la ha conferido. Así, bajo la premisa de que dicha delegación no puede incluir acciones cuya realización comprometa intencionalmente la protección y promoción de los DDHH, resulta posible vislumbrar el desarrollo de controles indirectos a los actos de dicho organismo en función de dicho parámetro, así como la implementación de controles *ex ante*, auto impuestos por el propio CS, en aras de lograr la consecuencia de sus acciones con las normas de DDHH internacionalmente reconocidas. Ambos tipos de controles, encuentran su justificación en el impacto que pueden tener las decisiones del Órgano sobre ciertos DDHH de las personas humanas y colectivas. Consecuentemente, partiendo de un esquema fundado en los valores de la comunidad internacional, el constitucionalismo parece cumplir con una de las mayores aspiraciones del DAG, es decir, brindar protección a los derechos e intereses de los destinatarios finales de las decisiones de las OI.

3. Desmintiendo la Analogía Federal: Dificultades para la Adopción de Nuevos Enfoques

Las corrientes analizadas en la sección anterior poseen como aspecto en común la defensa, en mayor o en menor grado, de tendencias que apuntan hacia una creciente verticalidad de las normas jurídicas internacionales que genera mayor unidad en los distintos regímenes autónomos del orden jurídico internacional. No obstante, tanto constitucionalistas como partidarios del DAG se muestran dispuestos a admitir que los procesos de cambio que describen se encuentran por el momento *in statu nascendi*. Por ende, los postulados que comprenden la oferta de un orden jurídico internacional unificado anclado en la legalidad y dotado de una certeza provista por mecanismos de rendición de cuentas y revisión judicial, constituyen por el momento una promesa difusa cuya concreción apenas comienza a cimentarse. Dichos postulados, presentan serias limitaciones que no pueden pasarse por alto puesto que una visión más apegada a la realidad, pudiera resultar útil en el desarrollo de un orden jurídico internacional más congruente, objetivo que, junto con los partidarios de los enfoques referidos, quisiéramos ver realizado.

3.1 Limitantes al Constitucionalismo Internacional

La prevalencia de la visión clásica del Derecho Internacional, misma que implica la persistencia del consentimiento como su base normativa -si bien en forma relativizada-, conllevan limitantes inherentes a la solidificación de esquemas de control basados en la producción centralizada y jerárquica de las normas internacionales. En el caso particular del constitucionalismo internacional, destaca la presencia de una corriente de pensamiento relativista en relación con los valores que dicha postura juzga de universales. Con el fin de sortear dicho relativismo, a menudo se utiliza a la CNU para justificar la universalidad del sistema de valores defendido por los constitucionalistas. Sin embargo, esta postura es discutible en cuanto a que como como habrá de comprobarse, la CNU tampoco es capaz de cubrir todas las áreas del Derecho Internacional que “requieren” de una estructura constitucional jerarquizada. Dicha situación, a menudo provoca confusiones ya que por un lado los partidarios del constitucionalismo de valores frecuentemente dependen del instrumento en comento para conglomerar el sistema común de valores que defienden, mientras que por el otro, aquellos que consideran a la CNU como “la constitución” internacional, comúnmente recurren a las normas imperativas junto con otros tratados de naturaleza “constitucional” para complementar su construcción de un orden público internacional constitucionalizado puesto que difícilmente puede justificarse basándose exclusivamente en el tratado fundacional de la ONU.

3.1.1 Limitantes al Constitucionalismo de Valores: ¿Un Sistema Universal o Relativo?

Kadelbach y Kleinlein¹⁷⁸ indican que aquellas normas consideradas como fundamentales por el Derecho Internacional pertenecen a la categoría más antigua de las que han sido referidas como constitucionales. Tal categoría, comprende los términos del *jus cogens*, las obligaciones *erga omnes* y los crímenes internacionales. El *jus cogens*, puede entenderse como constitucional tomando en cuenta lo prescrito en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Convención de Viena)¹⁷⁹, en el sentido de que constituye una limitante *ex ante* a la voluntad de los

¹⁷⁸ Kadelbach & Kleinlein, *Op. Cit.*, pp. 11-13.

¹⁷⁹ El artículo 53 de la Convención de Viena a la letra reza: 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Es nulo todo tratado que, en el

Estados para obligarse internacionalmente. De acuerdo con esta referencia, parece ser que el carácter normativo del consentimiento estatal se encuentra en efecto restringido en favor de intereses superiores. Las obligaciones *erga omnes*, fueron mencionadas de forma expresa por primera vez en el célebre *obiter dictum* del asunto *Barcelona Traction*¹⁸⁰, ante la renuencia de la CIJ para utilizar el término *jus cogens* en referencia a un tipo particular de obligaciones. Específicamente, aquellas que protegen intereses tan fundamentales de la comunidad internacional que incluso los Estados que no han sido directamente afectados por su violación pueden reclamarlas. Finalmente, aunque los crímenes internacionales se circunscriben a la responsabilidad penal de los individuos, puede concluirse sin riesgos que, si estos fuesen atribuidos a los Estados, suscitarían las mismas consecuencias que el *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*.

Contenidas en dichas categorías, los referidos académicos¹⁸¹ identifican una serie de normas imperativas¹⁸² que consideran lógico situar por encima del resto de las normas internacionales en función de que no admiten acuerdo en contrario. La misma consideración, pudiera extenderse a las obligaciones *erga omnes* tomando en cuenta que todos los Estados están en posición de reclamar su violación. En este sentido, lo que hace plausible la asociación del Derecho Internacional con el Derecho Constitucional, es precisamente la construcción de una jerarquía erigida sobre las normas referidas, puesto que son necesarias para la consecución de la paz social. No obstante, Kadelbach y Kleinlein advierten que la capacidad de dichas normas para realizar funciones constitucionales es muy limitada puesto que no cubren todo el espectro de normas de reconocimiento del sistema internacional. Dicha afirmación, es demostrable a través de la presencia de las normas positivas de reconocimiento contenidas en el artículo 38 del ECIJ que no pertenecen a la categoría de las normas imperativas. Incluso, estas últimas desempeñan escasas funciones constitucionales puesto que obtienen su estatus no por las funciones de normas secundarias que realizan, sino por los contenidos de normas

momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

¹⁸⁰ Corte Internacional de Justicia, *Caso Relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.* (Bélgica c España), *ICJ Reports* 1970, 2, par. 126.

¹⁸¹ Kadelbach & Kleinlein, *Op. Cit.*, pp. 11-13.

¹⁸² Los autores manejan los siguientes ejemplos: la prohibición de agresión, el crimen de genocidio y otras violaciones graves a los DDHH, las obligaciones fundamentales del Derecho Humanitario, el Principio de Libre Determinación de los Pueblos, la protección del medio ambiente ante la degradación a largo plazo, así como los crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión, véase, *Ibid.*

primarias que comprenden. Tales contenidos, meramente reflejan unos cuantos derechos fundamentales; un núcleo de moral internacional que puede circunscribirse a la prohibición del uso masivo de la fuerza injustificado. Por estas razones, concluyen que por sí mismas, estas reglas primarias no justifican la construcción de una constitución internacional. Ante dicha carencia, los partidarios del constitucionalismo han intentado construir un esquema en donde un presunto conjunto de valores compartidos por la comunidad internacional compone un sistema que determina las tendencias normativas del ordenamiento jurídico internacional.

Para justificar la existencia de un orden público internacional, los constitucionalistas complementan su sistema basado en normas primarias imperativas mediante la alusión al desarrollo en la concepción y protección de los DDHH. La unión entre dichas figuras concierta el sistema internacional de valores. Sin embargo, esta propuesta presenta dificultades tanto en el plano teórico como en el operativo. Dichas dificultades, pueden aglomerarse en la idea de que incluso mediante la utilización de los DDHH no es posible justificar el carácter universal del sistema que defienden los constitucionalistas. De tal manera, aun dando por sentado la aceptación cuasi universal de los DDHH, tomando en cuenta las numerosas ratificaciones de instrumentos universales en la materia, las grandes divergencias que existen respecto a la interpretación de tales derechos, sin mencionar las enormes deficiencias en cuanto a su implementación¹⁸³, suscitan importantes cuestionamientos no solo respecto a la auténtica existencia de un sistema internacional de valores, sino a la capacidad del mismo para condicionar efectivamente al cúmulo de la producción normativa internacional.

Jan Klabbbers¹⁸⁴, considera que la mayor parte del debate constitucionalista puede centrarse en la determinación del grado con que el Derecho Internacional refleja, o debería de reflejar, ciertos valores que se presumen comunes a toda la humanidad. Llevando esta idea al extremo, el Derecho Internacional no es sino la expresión legal de dichos valores. A su vez, si estos valores se estiman como tales que no admiten acuerdo en contrario, adquieren carácter constitucional. Con todo, Klabbbers advierte que sería complicado en demasía encontrar a algún filósofo contemporáneo dispuesto a sostener que la humanidad posee ciertos valores en común. Esto, dificulta en gran medida

¹⁸³ Anne Peters, "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", *Op. Cit.*, p. 601.

¹⁸⁴ Jan Klabbbers, "Constitutionalism and the Making of International Law: Fuller's Procedural Natural Law", *No Foundations - An Interdisciplinary Journal of Law and Justice*, N° 5, 2008, pp. 88-89.

suponer la existencia de normas constitucionales capaces de vincular a la comunidad internacional en su conjunto. Asimismo, concede que es posible argüir que sucesos como el genocidio en Ruanda o el *apartheid* en Sudáfrica han sido condenados universalmente precisamente por estar en conflicto con valores comunes a nivel global. Sin embargo, tales ejemplos requieren de importantes consideraciones en cuanto a su valor normativo. Los casos referidos, indican acuerdos de condena *a posteriori* que de ninguna manera pueden igualarse con aquellos de naturaleza legislativa en tanto que estos últimos no buscan la condenación de actos *ex post facto*, sino la formulación de normas precisas capaces de prevenir transgresiones.

Como es posible apreciar, una vez que los valores universales a los que aluden los constitucionalistas se contrastan con la realidad sociopolítica en la que habrán de condicionar la producción normativa, su efectividad para tal fin parece cuestionable. Tal como señala Klabbers, identificar dichos valores en la presencia de situaciones ya ocurridas no presenta mayor complicación, sin embargo, su identificación *a priori* representa una tarea más complicada en cuanto que se juzga que no es posible separar la creación de normas internacionales de las circunspecciones políticas que inevitablemente las acompañan. Esta problemática, siempre presente en las relaciones internacionales, no desaparece mediante el surgimiento de las llamadas normas imperativas. Si bien la limitante política puede verse atenuada como consecuencia del desarrollo del *jus cogens* y los DDHH, se razona que el entendimiento de que dichas figuras condicionan de manera efectiva todos los planos normativos del Derecho Internacional resulta poco plausible en cuanto que estas no pueden superar totalmente lo que se percibe como limitantes inherentes al sistema.

En este contexto, Neil Walker¹⁸⁵ realiza una objeción que califica de fatal al constitucionalismo. Señala, que la estrategia de dicho enfoque consiste en tomar lo ya existente y a través de trabajo, imaginación y reforma, convertirlo en un sistema más inclusivo de autogobierno. Empero, lo ya existente no puede ser entonces la medida de lo que puede lograrse, sino que más bien resulta una precondition necesaria y un legado inevitable. Igualmente, aun tomando en cuenta que hay aspectos del sistema que auténticamente pueden mejorarse mediante dicho proceso, no debe obviarse que el

¹⁸⁵ Neil Walker, "Making a World of Difference? Habermas, Cosmopolitanism and the Constitutionalization of International Law", *European University Institute Working Paper Law*, N° 2005/17, Department of Law, Italia, 2005, pp. 10-12.

Derecho Internacional al que busca transformar el constitucionalismo tiene una fuerte conexión histórica con el mundo occidental. Por ello, no puede ignorarse que el desarrollo de dicho sistema ha contribuido a establecer diversas fases de dominación occidental que se reflejan tanto en los contenidos como en los procedimientos operativos del Derecho Internacional. Asimismo, Walker advierte sobre el peligro de que la comunidad de internacionalistas, o aquellos capaces de explotarla para sus propios fines, se erijan en jueces, guardianes o beneficiarios auto-designados del progreso. De tal manera, la propagación de un falso universalismo pudiera resultar en la reducción de las tendencias constitucionalistas a una mera tautología capaz de desviar la atención de la tarea de buscar una justificación independiente a la estructura y contenido del Derecho Internacional.

De forma similar, el profesor Antonio Remiro¹⁸⁶ observa que la afirmación de las normas imperativas en una sociedad universal y heterogénea parece, en ocasiones, una cuestión de fe, o bien, dependiente de la conspiración de aquellos actores que maliciosamente se aprovechan de ella para santificar con los principios más elevados sus comportamientos políticos. No obstante, el citado autor presenta una visión más optimista en relación con la postura de Walker, al referir dos razones por las cuales considera como poco realista defender el descreimiento de normas generales necesarias, absolutamente obligatorias, de Derecho Internacional. Primeramente, advierte que el rechazo de la existencia de tales normas, conduciría a la desintegración del Derecho Internacional en un conjunto de sistemas regionales o particulares separados, cuyas relaciones responderían a estados intermedios entre la paz y la guerra. En segundo término, observa que tal negación, se produciría a expensas de los más débiles. Para el profesor Remiro, el hecho de que los países en desarrollo, sin hacer profesión del iusnaturalismo, hayan visto en las normas de *jus cogens* un escudo frente a las realidades del poder, resulta indicativo de que tales Estados, no han considerado el límite al relativismo del Derecho Internacional que implican dichas normas como incompatible con la férrea defensa de su soberanía. Tal aseveración, resulta comprobable a través de las reiteradas invocaciones de las normas de *jus cogens* en los procesos de codificación y desarrollo progresivo de los sectores vertebrales del Derecho Internacional, así como en la jurisprudencia.

¹⁸⁶ Antonio Remiro Brotóns, *et. al.*, *Op. Cit.*, pp. 229-230.

De tal suerte, al hablar de la universalidad del Derecho Internacional, parece pertinente tomar en cuenta las estructuras ya existentes con miras a determinar su idoneidad para albergar un ordenamiento constitucionalizado. Una de tales estructuras es sin duda alguna el sistema creado por la CNU, mismo sobre el que las diversas vertientes del constitucionalismo coinciden en su importancia para la creación y desarrollo de un orden público internacional. En este contexto, José Fabián Ruiz Valerio¹⁸⁷ advierte que debe tomarse en cuenta que el sistema creado por CNU no buscó establecer un estado de derecho entre los Estados y demás sujetos de Derecho Internacional. Más bien, se buscó instituir un orden legal que garantizara el predominio de los vencedores de la Segunda Guerra Mundial a través del veto de los cinco miembros permanentes del CS. De tal manera, este esquema, caracterizado por el dominio ejercido por un puñado de Estados, acusó importantes debilidades desde el principio. Entre tales debilidades, se identifican la falta de obligación de utilizar la ley y los medios de resolución pacífica de controversias en la solución de conflictos internacionales, así como la ausencia de sanciones obligatorias para quienes violan la legalidad internacional. Esto, resultó en un régimen en donde el carácter propio de las normas de Derecho Internacional permitió un control discrecional de unos Estados por sobre otros.

Tales consideraciones, sugieren que una de las estructuras con las que cuenta el Derecho Internacional, misma que realiza una función nuclear en el constitucionalismo, puede ser percibida también como un obstáculo para el surgimiento del orden público internacional que implicaría la constitucionalización del sistema jurídico internacional. Por su parte, Gaetano Arangio-Ruiz¹⁸⁸ descarta las ideas que sostienen que la CNU ha contribuido a la verticalidad y centralización del sistema jurídico internacional. Señala, que un sistema de esta naturaleza, dotado de normas de reconocimiento rudimentarias, difícilmente propiciaría que un mero acuerdo interestatal pudiera tener la fuerza suficiente como para devengar en la supra-ordinación de los órganos de la ONU a sus Estados Miembros, más aún, a sus ciudadanos. Para el citado autor, son los Estados los que mantienen el control de la Organización y no a la inversa. Tomando esto por cierto, y considerando la estructura desigual de la ONU, no parece desatinado considerar un

¹⁸⁷ José Fabián Ruiz Valerio, “¿Hacia un Nuevo Modelo de Estado de Derecho Internacional? El Estado de Derecho Internacional en la Visión de Luigi Ferrajoli”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, 2009, pp. 127-128.

¹⁸⁸ Gaetano Arangio-Ruiz, *Op. Cit.*, pp. 7-12.

escenario en el cual aquellos Estados capaces de hacerlo se valgan del constitucionalismo para imponerse al resto.

Por su parte, Martti Koskenniemi¹⁸⁹ muestra preocupación por los posibles efectos perniciosos de un falso universalismo. Advierte, que, en el terreno del Derecho Internacional, la lucha política se libra a través de la determinación del significado que habrán de tener palabras tales como “agresión”, “autodeterminación”, “legítima-defensa”, “terrorista” y “*jus cogens*”. Para el citado autor, la comprobación de dichos significados es lo que finalmente establece cuales lineamientos, o, mejor dicho; los de quién, habrán de seguirse y cuáles no. Entonces, al concebir esta lucha como hegemónica, se resalta que el objetivo de los participantes es hacer que su visión parcial del significado de tales palabras aparezca ante los demás como el significado absoluto. Dicho sea de otro modo, que *su preferencia particular sea la preferencia universal*. Koskenniemi¹⁹⁰, concibe al Derecho Internacional como el proceso de articular preferencias políticas en pretensiones legales que no pueden separarse de las condiciones de lucha política en que fueron formuladas. En este sentido, sin importar que tan universales sean los términos en que se invoca, este nunca se presenta como un conjunto autónomo y estable de demandas sobre una realidad política. Por el contrario, siempre aparece a través de una lucha hegemónica reflejada en el proceso por medio del cual los actores internacionales se retan constante y mutuamente, invocando reglas y principios preconcebidos al tiempo que intentan imponer la visión que de estos tienen por encima de la que tienen sus oponentes.

El panorama descrito representa un serio desafío para la idea de un constitucionalismo basado en valores universales. La existencia de una lucha constante por definir el contenido de las normas imperativas arroja serias dudas no solo sobre el carácter universal de las mismas, sino sobre el que su presencia verdaderamente refleje el surgimiento de una auténtica comunidad internacional. En este contexto, parece oportuno citar nuevamente las palabras del profesor Antonio Remiro quien al respecto de la formación de las normas referidas señala:

¹⁸⁹ Martti Koskenniemi, “International Law in Europe: Between Tradition and Renewal”, *The European Journal of International Law*, vol. 16, N° 1, 2005, pp. 116-119.

¹⁹⁰ Martti Koskenniemi, “International Law and Hegemony: A Reconfiguration”, *Cambridge Review of International Affairs*, vol 17, n° 2, 2004, pp. 2-4. Se cita versión electrónica, disponible en https://www.researchgate.net/publication/249017016_International_Law_and_Hegemony_A_Reconfiguration

La comunidad internacional en su conjunto no está aún debidamente institucionalizada y ninguna Organización, ni siquiera la ONU, posee la competencia necesaria para, en su nombre, decidir qué normas son imperativas. Aplicando a la comunidad internacional la razonable ordenación de las criaturas de la granja orwelliana, donde todos los animales eran iguales, pero unos –los cerdos– más iguales que otros, cabe proponer el protagonismo, a los efectos que aquí se persiguen, de las grandes potencias (los más poderosos) y las grandes mayorías (los más numerosos) dentro de los grupos geográfico-políticos que componen los Estados, en especial los que se han hecho con su liderazgo. A la postre se llega al reconocimiento de la norma imperativa a través del consenso, con su sofocado tufo oligárquico, a costa eventualmente de Estados medianos y pequeños desplazados. La estructura de la sociedad internacional, de momento, no da más de sí¹⁹¹.

Entonces, nos encontramos ante una situación paradójica en tanto que la falta de una comunidad internacional debidamente instituida genera dudas en cuanto al carácter absoluto de los valores contenidos en las normas imperativas de Derecho Internacional. Antonio Segura-Serrano¹⁹² explica que dicha problemática tiene su origen en la *traducción*. Esta, se entiende como la transposición de conceptos normativos claves asociados con el constitucionalismo desde una perspectiva estatocéntrica a una perspectiva supranacional. Segura-Serrano, reconoce que nadie defiende que para que tenga lugar un proceso constituyente supranacional sea preciso replicar completamente el esquema constitucional de los sistemas jurídicos domésticos. Siguiendo esta línea, pudiera argüirse que los sistemas domésticos poseen cierto grado de artificialidad. Siendo así, sería plausible una desconstrucción del término constitucionalismo que permitiera la aplicación de sus ideales, a saber, el balance de diversos intereses y preocupaciones en el plano internacional. En este sentido, bastaría un mínimo de traducción para construir un ordenamiento constitucionalizado a nivel supranacional. Por lo tanto, mientras sea posible detectar un esquema fundamental que contenga cierto grado de división de poderes, restricciones normativas y de comportamiento, así como

¹⁹¹ Antonio Remiro Brotons, *et. al.*, *Op. Cit.*, p. 233.

¹⁹² Antonio Segura-Serrano, "The Transformation of International Law", *Jean Monnet Working Paper*, N° 12/09, New York School of Law, 2009, pp. 25-28.

un proceso para balancear intereses fundamentales; podría hablarse de la existencia de una constitución.

Con todo, el citado académico¹⁹³ subraya que ningún autor ha tratado de deslindar totalmente la constitucionalización del Derecho Internacional de aquella ocurrida previamente en el ámbito doméstico. Entonces, la traducción es un problema ineludible. Partiendo de esta premisa, Segura-Serrano advierte sobre lo que considera un dilema teórico infranqueable: no puede haber un proceso de constitucionalización a menos que el pueblo, el *demos* que se busca constitucionalizar, demuestre una intención inequívoca de lograr dicha meta. Esto, solo puede ser logrado por individuos que unidos en un *pouvoir constituant* decidieran el destino de su comunidad a través de representantes. Finalmente, siendo que la comunidad internacional está compuesta por Estados y no por individuos, se requeriría de una profunda reestructuración del sistema internacional para poder hablar del surgimiento de una constitución que, en todo caso, daría lugar a un derecho constitucional global bastante distinto del Derecho Internacional existente.

De tal manera, se entiende que el Derecho Internacional contemporáneo se encarga de regular relaciones entre entidades soberanas llamadas Estados. Por lo tanto, el surgimiento de una constitución internacional requeriría de un consenso entre dichas entidades que a su vez respondiera a la voluntad de sus ciudadanos, cosa que de momento no parece posible. De tal manera, incluso considerando la voluntad de algunos Estados por construir un orden público internacional como el que se describe, bastaría la oposición de un número reducido de Estados con suficiente poder para prevenirlo. En este contexto, hay quienes¹⁹⁴ advierten que, para los estadounidenses, la legalización (del Derecho Internacional) es simplemente una decisión política, un asunto que se concibe en términos de costos y beneficios. Siendo que no existe una razón *a priori* para considerar que la legalidad tendrá mayor peso que los costos de transacción, los americanos no perciben una verdadera obligación de obedecer el Derecho Internacional, sino meramente el deber de ejercitar un débil sentido de la prudencia.

Como es ampliamente conocido, tras los ataques del 9/11, los Estados Unidos decidieron actuar por su cuenta. A través de sus acciones y declaraciones de funcionarios claves en su gobierno, dieron a entender a la sociedad internacional que los

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Martti Koskenniemi, "International Law in Europe: Between Tradition and Renewal", *Op. Cit.*, p. 117.

movimientos que perciben como globalizadores representan un desafío a su liderazgo y libertad. Del otro lado del espectro, la visión europea percibe a un mundo que finalmente se está organizando con base a algo más que formas arcaicas de diplomacia. Desde esta perspectiva, los valores universales están anulando la voluntad estatal sugiriendo que en algún punto la sociedad internacional habrá de organizarse de manera análoga a los ordenamientos domésticos como un sistema de restricción vertical anclado en un estado de derecho. De tal manera, mientras que la posición europea, a menudo formulada en términos constitucionalistas, está basada en la legalidad y respeto al Derecho Internacional, la postura americana no favorece la idea de un orden público internacional constitucionalizado.¹⁹⁵

No obstante, ambos paradigmas comparten la visión de que ciertas reglas y principios del Derecho Internacional son *absolutos*. Así, mientras que para la visión americana esto implica un rechazo total de los mismos, para la perspectiva europea supone su completa aceptación. Tomando esto en cuenta, Koskenniemi¹⁹⁶ cuestiona la suposición de que efectivamente exista un cuerpo sustantivo de normas y principios merecedor de tal compromiso o rechazo. En lo particular, se advierte que la constitucionalización del ordenamiento jurídico internacional carece del apoyo de un Estado que se juzga clave en las relaciones internacionales contemporáneas. Asimismo, se observa con cierta preocupación, que siendo que el constitucionalismo es un enfoque doctrinal predominantemente europeo, la escasa participación en dicho encuadre de internacionalistas de otras regiones geográficas debilita su causa.

De tal manera, el panorama descrito pretende entrever ya no solo un relativismo que subsiste –todavía de manera evidente– en la interpretación del Derecho Internacional, sino una auténtica lucha por definir su contenido. Ante esta situación, resulta complicado justificar un sistema internacional de valores comunes. En este sentido, aunque ciertamente se reconoce la importancia de las normas imperativas y los DDHH al momento de restringir la voluntad estatal en áreas que definitivamente preocupan a la humanidad en su conjunto, se considera que utilizar con ligereza un lenguaje constitucional para describir el rol de dichas normas entraña el peligro de promover un falso universalismo que puede llegar a legitimar estructuras de dominación. De tal suerte, parece que el carácter rudimentario de las normas primarias que deben reflejar

¹⁹⁵ Martti Koskenniemi, “International Law and Hegemony: A Reconfiguration”, *Op. Cit.*, pp. 1-2.

¹⁹⁶ *Ibid.*, pp. 2-4.

valores compartidos a escala global, no alcanza todavía para hablar de un sistema de contrapesos en términos constitucionales.

No obstante, se concuerda con la idea de acuerdo a la cual, ante la posibilidad de detectar un esquema fundamental que contenga cierto grado de división de poderes, restricciones normativas y de comportamiento, así como un proceso para balancear intereses fundamentales; podría hablarse de la existencia de una constitución o, por lo menos, de un proceso de constitucionalización del Derecho Internacional. En este sentido, se considera correcta la apreciación de acuerdo a la cual, resulta necesario realizar una “traducción” de las nociones constitucionalistas desarrolladas en el plano interno en cuanto a que, tal y como han sido desarrollados en el ámbito doméstico, no resultan enteramente extrapolables al plano internacional. No obstante, se defiende que dicha extrapolación, resulta posible a través de una adaptación internacional del constitucionalismo interno tendiente a reflejar las características más esenciales de un sistema constitucional. Situados en un esquema como el referido, resulta posible afirmar la existencia de un procedimiento constituyente a nivel internacional, a través del cual, los diversos participantes procuran conducir el desarrollo del Derecho Internacional acorde a la visión que guardan del mismo. Lo mismo que sucede con el concepto de constitución en sí, la idea de un proceso constituyente internacional no puede asimilarse completamente al entendimiento de dicho proceso a nivel interno. En el plano internacional, el proceso aludido se desenvuelve en torno a las diversas instancias en que los operadores jurídicos relevantes encuentran la oportunidad de avanzar su propia visión del Derecho Internacional que, en última instancia, pudiera o no prevalecer.

De esta forma, al margen de las posibilidades que ciertamente guardan la ONU y algunas OI como foros susceptibles de albergar un proceso de constitucionalización internacional que ocurra mediante la deliberación de un poder constituyente integrado para tales efectos, se estima que, actualmente, el proceso aludido se desenvuelve principalmente en torno a las sentencias de aquellos tribunales que, tanto en el plano doméstico como en el internacional, se ocupan de la construcción de esquemas jurídicos por medio de los cuales se posibilite el control de los actos excesivos de las OI, particularmente en el ámbito de la protección a los DDHH. Mediante dichas acciones, desplazan paradigmas normativos que se consideraban plenamente determinados, tales como la incontestabilidad de las decisiones del CS. A través de sus sentencias, los tribunales referidos han podido no solo controlar la implementación interna de las

decisiones del CS, sino fomentar la autorregulación del Órgano. Como se demostrará, este tipo de acciones resulta posible a través de la operatividad de los DDHH en los diversos planos jurídicos. Dicha operatividad, responde la incipiente jerarquía que hoy en día se reconoce a las normas imperativas de Derecho Internacional, las obligaciones *erga omnes* y, por supuesto, a los mismos DDHH. De esta forma, resulta posible identificar los elementos esenciales de una constitución internacional. Por el momento, la falta de aceptación por parte de ciertos actores clave previene la consolidación de dicha noción. No obstante, puede afirmarse el afianzamiento de un proceso constituyente internacional en medio del cual, ciertos tribunales intentan hacer efectivos los límites a los que, de acuerdo con la visión constitucionalista internacional, deberían de circunscribirse los sujetos de Derecho Internacional.

3.1.2 Limitantes de la Carta de las Naciones Unidas como Constitución de la Comunidad Internacional: ¿Crisis Constitucional en la ONU?

Si bien como se ha expuesto en el apartado 2.2.1 de la segunda sección del presente capítulo, existen razones de peso para considerar la posibilidad de que la CNU sea la constitución de la comunidad internacional *per se*, concurren con estas razones algunas ideas que obligan a mirar en sentido contrario. En primer término, puede argüirse que con todo y los desarrollos en materia de cooperación que significó la adopción de la CNU, la idea de que el sistema instituido por dicho instrumento perpetúa estructuras desiguales no puede ser descartada. Con respecto a los esfuerzos para caracterizar al tratado fundacional de la ONU como una constitución, Nico Krisch¹⁹⁷ advierte que muy probablemente, el uso de lenguaje constitucional en este contexto sirva más para legitimar a una institución que refuerza la distribución de poder tras la Segunda Guerra Mundial que para generar vías efectivas de crítica capaces de redimir la promesa de autogobierno que evoca el constitucionalismo. En este sentido, preocupa al citado autor que un intento de reorganizar a gran escala la gobernanza mundial pudiera resultar en que, bajo las condiciones políticas imperantes, se logren, o incluso se perpetúen, estructuras que ante todo servirán a los poderosos.

En concordancia con este punto de vista, se encuentra que el sistema de veto por medio del cual funciona el CS proporciona en caso de conflicto un mecanismo para el predominio de los intereses individuales de algunos Estados por encima de aquellos de

¹⁹⁷ Nico Krisch, “Global Administrative Law and the Constitutional Ambition”, *Op. Cit.*, p. 11.

la comunidad internacional. Junto a esta premisa, Kadelbach y Kleinlein¹⁹⁸ identifican una serie de circunspecciones que descartan a la CNU como la constitución internacional. En primer plano, resulta sumamente interesante el señalamiento que hacen respecto a la jerarquía de la CNU sobre otras obligaciones internacionales en virtud de su artículo 103, tema recurrente en la literatura constitucionalista. Sobre esta cuestión, discuten que no está del todo claro si la Carta efectivamente tiene el efecto de invalidar cualquier derecho en conflicto o si, por el contrario, se trata meramente de una regla para resolver conflictos de normas que mantiene intacta la integridad de los tratados en cuestión.

Incluso, los referidos autores¹⁹⁹ consideran al hecho de que la ONU no posea un monopolio sobre el uso de la fuerza como un impedimento para equiparar a la CNU con la constitución internacional. Resulta claro que, en este ámbito, la Organización depende ampliamente de sus Estados Miembros para imponer sus reglas. En este sentido, difícilmente podría considerarse que la estructura de dicha Organización, o para tales efectos la de cualquiera, pudiera equipararse con aquellas que mediante la división de poderes establecen auténticos sistemas de contrapesos. Asimismo, apuntan hacia el hecho de que la CNU no contiene nada que se asemeje a un catálogo de DDHH, situación que se ve reflejada por los debates actuales sobre sanciones inteligentes y revisión judicial que ponen de manifiesto que ni siquiera está fuera de toda duda el que la ONU y sus organismos se consideren obligados por los DDHH. Finalmente, el derecho derivado de Naciones Unidas no constituye un orden jurídico autónomo capaz de definir en sus propios términos las condiciones para su validez y ejecución. De manera convincente, Kadelbach y Kleinlein apoyan su dicho señalando que la mayoría de las resoluciones de la Organización no son vinculantes y que aquellas que sí lo son, tienen que ser adoptadas, incluso transformadas, por los ordenamientos jurídicos de los EMNU. Aunado a lo anterior, el hecho de que no existe dentro del sistema ONU un procedimiento de resolución de disputas obligatorio investido con el poder de la revisión judicial, los lleva a concluir como no plausible el que la CNU personifique a la constitución de la humanidad.

Como puede apreciarse, existen razones convincentes para apelar a la medida al momento de afirmar que la CNU es la constitución de la comunidad internacional en su

¹⁹⁸ Kadelbach & Kleinlein, *Op. Cit.*, pp. 14-15.

¹⁹⁹ *Ibid.*

conjunto, máxime de la humanidad. Este tema, resulta de especial trascendencia para el estudio en curso debido a que, si se toman en serio las advertencias hechas por los autores arriba reseñados, se juzga preocupante el que comportamientos orientados a la consecución de intereses hegemónicos por parte de los Miembros Permanentes del CS puedan perpetuarse por medio de un enfoque constitucionalista. Más allá de consideraciones respecto a facultades especiales en el sistema ONU –que sabemos son inherentes al mismo-, inquieta que la legitimación que puede brindar la perspectiva constitucionalista dificulte aún más –si es esto posible-, eventuales reformas que tornarían realmente más inclusiva la toma de decisiones en el plano internacional. Si bien estamos conscientes de que las características del sistema ONU atienden a consideraciones histórico-políticas ineludibles, parece sano considerar que el paso de 70 años desde su formación, aunado a los avances en materia de reconocimiento y protección de los DDHH acaecidos en un ambiente globalizado que facilita la transmisión efectiva de información; deberían de ser factores suficientes para dar paso a una sociedad internacional sustantivamente más balanceada. De otra forma, ¿Qué objeto tiene hablar de esta en términos globales?

En la misma nota, se alude a la postura de Michel Rosenfeld²⁰⁰ para quien el que el constitucionalismo internacional pueda ser posible bajo las condiciones adecuadas no necesariamente implica que esto sea deseable. Como ejemplo, utiliza precisamente el caso de las decisiones vinculantes del CS, que da por hecho, tienen supremacía sobre cualquier obligación de los EMNU en conflicto con ellas. Opina, que, aunque este procedimiento parezca formalmente constitucional, en realidad es meramente político puesto que ninguna corte posee el poder de revisar judicialmente las decisiones del CS y, además, sus Miembros Permanentes ostentan el poder de veto que puede ser usado –y a menudo lo es- de manera puramente estratégica. Por estas razones, Rosenfeld concluye que por lo menos en el caso de la ONU, resultaría más benéfico evitar el esquema constitucional que utilizarlo. De tal manera, resulta posible advertir nuevamente cómo inevitablemente habrá de retomarse el tema del CS al tratar las distintas dimensiones de la temática constitucionalista. En este sentido, se encuentra que las relativamente recientes actividades del Consejo tras el fin de la guerra fría, así como

²⁰⁰ Michel Ronsenfeld, “Is Global Constitutionalism Meaningful or Desirable?”, *The European Journal of International Law*, vol. 25, n° 1, 2014, pp. 196- 197.

la expansión de poderes que requirió para realizarlas, arrojan serias dudas sobre la unidad constitucional que pudiera existir al amparo de la CNU.

En este contexto, parece que recientemente se ha podido presenciar la instrumentalización del CS en función de los intereses hegemónicos de uno sus Miembros. De tal modo, se encuentra que pese a la férrea oposición al constitucionalismo frecuentemente encontrada en algunos sectores de la literatura norteamericana²⁰¹, los Estados Unidos no han tenido reparo en utilizar la estructura funcional del CS para impulsar su agenda en materia de lucha contra el terrorismo global. Sobre este punto, cabe aclarar que no se niega la necesidad de concertar esfuerzos de cooperación internacional para el combate de lo que desafortunadamente se ha convertido en una constante recurrente en la arena internacional. Sin embargo, se juzga que la cooperación internacional en esta área se ha visto mermada por el fenómeno de la titularización del terrorismo. De tal modo, se entiende que el abrumante protagonismo mostrado en este terreno por los Estados Unidos no siempre arroja resultados que puedan considerarse representativos de la comunidad internacional.

Al respecto, Segura-Serrano²⁰² señala que el unilateralismo y uso hegemónico del Derecho Internacional se han resentido especialmente en el área relativa al principio de prohibición del uso de la fuerza. En este ámbito, los Estados Unidos ha interpretado las excepciones a dicho principio, particularmente en relación con la legítima defensa, con miras a que comprendan la protección de sus nacionales en el extranjero, la legítima defensa preventiva, la respuesta al terrorismo, y la protección humanitaria. Para el citado autor, la intervención militar estadounidense en Afganistán convalidada por el CS, pero, sobre todo, la invasión de Iraq en el 2003, denotan el deseo de este Estado por ensanchar el catálogo de opciones para el uso de la fuerza más allá de lo estrictamente permitido por el Derecho Internacional. Advierte, que, en cumplimiento de dichos objetivos, Estados Unidos no ha titubeado en recurrir al uso frecuente de las OI como meros instrumentos. Además, apunta hacia el hecho de que, durante la primera década

²⁰¹ El constitucionalismo no es bien recibido en algunos círculos de la literatura estadounidense. En este sentido, se encuentra que debido a una fuerte tradición constitucionalista doméstica hay autores que consideran que los movimientos globalizadores intentan socavar la autonomía norteamericana. Llama la atención, que la opinión norteamericana parece reconocer la existencia del constitucionalismo, pero lo percibe como una amenaza al sistema institucional de contrapesos estadounidense. Para una exposición detallada de tales posturas véase: John R. Bolton, "Should we take Global Governance Seriously?", *Chicago Journal of International Law*, vol. 1, n° 2, 2000, pp. 205-221 y, Ernest A. Young, "The Trouble with Global Constitutionalism", *Texas International Law Journal*, vol. 38, n° 3, 2003, pp. 527-545.

²⁰² Antonio Segura-Serrano, *Op. Cit.*, pp. 12-13

del presente siglo, hemos podido presenciar el incremento en los poderes del CS de seguridad a través de la adopción de medidas relativas a conflictos internos como pudieran ser las administraciones de Kosovo y Timor Oriental o los tribunales penales internacionales *ad hoc*. Finalmente, señala que el proceso aludido ha llegado a su punto más alto mediante la adopción de las resoluciones legislativas objeto de la presente disertación: la 1373 (2001), relacionada con la lucha contra el terrorismo; la 1540 (2004), relativa a la no proliferación de ADM; así como la 1428 (2002) y 1487 (2003) por medio de las cuales se limitó temporalmente la jurisdicción de la CPI.

Algunos autores consideran que la expansión de poderes del CS ha propiciado una crisis constitucional en la ONU. Uno de ellos, Michael Reisman²⁰³, reflexiona que dicha crisis tiene su génesis no en la ineffectividad histórica de la Organización, sino en nuevas expectativas de que partes de esta pueden estar evolucionando en algo más poderoso y efectivo de lo que cualquiera pudo haber anticipado. Bajo esta premisa, emprende un recorrido en la práctica del CS desde la época de la guerra fría, en la cual dicho Organismo se encontraba funcionalmente paralizado por el veto de las superpotencias que lo conforman, hasta su revitalización representada por la expulsión de Iraq en Kuwait. Ahora, si bien este fue un momento ampliamente celebrado por la comunidad internacional en cuanto a que representó un funcionamiento efectivo del Consejo en el manejo del tipo de situaciones específicas para las que fue creado, los actos que inmediatamente sucedieron a dicha expulsión han sido objeto de críticas considerables. Por ejemplo, a la liberación de Kuwait siguió el uso de recursos militares, económicos y políticos al alcance del CS para remover a Saddam Hussein del poder y cambiar el gobierno en Iraq. Incluso, los Miembros Permanentes del CS ordenaron la demarcación de las fronteras iraquí, así como el secuestro de los recursos naturales de dicho Estado con miras al pago de daños cuya cuantía y destinatarios serían en última instancia determinados por el CS. Consecuentemente, se coincide con Reisman cuando señala que, tras el fin de la guerra fría, el CS no solo retomó facultades atrofiadas, sino que, además, se dedicó a realizar actividades para las que discutiblemente no fue concebido.

Con todo, los hechos anteriores únicamente marcan el inicio de la crisis constitucional en la ONU. Para Reisman²⁰⁴, aunque controvertidas, las acciones

²⁰³ Michael Reisman, "The Constitutional Crisis in the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 87, n° 1, 1993, pp. 83-85.

²⁰⁴ *Ibid.*, pp. 86-87.

emprendidas por el CS en respuesta a la agresión contra Kuwait pueden considerarse como emprendidas dentro del marco jurídico contemplado por la CNU. Sin embargo, mediante la emisión de la resolución 731 (1992)²⁰⁵ el CS solicitó a Libia la entrega de dos oficiales acusados en los Estados Unidos y Escocia por derribar una aeronave civil estadounidense sobre Lockerbie, Escocia. El incidente dio lugar a que el Gobierno libio demandara a los Estados Unidos y al Reino Unido frente la CIJ con base a presuntas violaciones de sus derechos bajo la Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil de 1971 (Convención de Montreal), que le permitía, junto con el derecho consuetudinario, juzgar a sus propios nacionales bajo el principio *aut dedere aut judicare*. Al margen de los detalles sobre el desarrollo del procedimiento que trataremos con la debida profundidad en la tercera parte del presente trabajo, interesa resaltar un par de cuestiones relativas a este incidente identificadas por Reisman como importantes corolarios de la crisis constitucional que se intenta describir. Primeramente, mediante la emisión de la resolución 731 (1992) el CS realizó un sustancial estiramiento del concepto de “amenaza a la paz” contenido en el artículo 39 de la CNU poniendo sobre la mesa la cuestión de si cualquier cosa que determinase como amenaza a la paz pudiera ser en efecto considerada como tal. Y, segundo, la demanda libia abrió la puerta al debate sobre la posibilidad de revisión judicial a los actos del CS por parte de la CIJ poniendo en entredicho el esquema cooperativo que durante la guerra fría caracterizó la relación entre ambos Órganos.

En respuesta a lo planteado, el profesor Pierre-Marie Dupuy²⁰⁶ considera que la naturaleza de la crisis que enfrenta la ONU no es de una dimensión constitucional, sino política. Para el citado autor, la CNU encierra, desde el punto de vista legal y constitucional, una paradoja consistente en el otorgamiento *voluntario* mediante dicho instrumento de una dirección combinada de los cinco Miembros Permanentes del CS acorde a su posición al término de la Segunda Guerra Mundial, con la igualdad del resto de los EMNU. Sin embargo, Dupuy señala que pese a la naturaleza legal de los privilegios que ostenta el CS, estos deben de ser merecidos. Entonces, el problema radica en la manera con que dichos privilegios fueron utilizados con respecto a Libia en cuanto a que le fue ordenado pasar por alto sus derechos como Estado sujeto al Derecho Internacional General y a la Convención de Montreal. De tal suerte, la crisis de

²⁰⁵ Resolución 731 (1992) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 21 de enero de 1992.

²⁰⁶ Pierre-Marie Dupuy, *Op. Cit.*, pp. 29

legitimidad consiste precisamente en la falta de representación efectiva de la opinión prevaleciente en la comunidad internacional en ese momento. Finalmente, el citado autor reconoce que, aunque de naturaleza política, la crisis de legitimidad tiene consecuencias jurídicas: si el CS es percibido no como el representante de la comunidad internacional, sino como aquel de un puñado de Estados presionados por la única superpotencia, de pronto la comunidad se encuentra desprovista de su herramienta más efectiva para la promoción y ejecución de sus reglas principales.

De tal manera, se advierte que la postura que sostiene que la CNU es en sí misma la constitución de la comunidad internacional enfrenta serias dificultades que por el momento no parecen superables. En este sentido, se coincide con la visión de que la utilización de un lenguaje constitucional en torno a dicho instrumento puede ser más efectiva en cuanto a la perpetuación de esquemas desiguales que se perciben como anacrónicos dadas las características de la sociedad internacional actual. Entonces, si bien es cierto que la reforma de una constitución debe de ser un proceso difícil puesto que de otra manera esta no podría cumplir su objetivo primordial –constituir un orden jurídico–, entendemos que la posibilidad de cambio debe no solo estar latente en cualquier ordenamiento constitucional, sino que debe obedecer a la realidad de su tiempo. En este sentido, el dominio actual de los cinco Miembros Permanentes del CS sobre la manutención de la paz y seguridad internacional, así como sobre el uso de la fuerza requerido para tales efectos, no parece obedecer a dicha realidad. Si bien en 1945 el fin de la Segunda Guerra Mundial requirió la adopción de un esquema desigual de cooperación para la consecución de los fines de la CNU, se insiste en que el desarrollo de los DDHH, unido a la globalización y creciente interdependencia de las naciones que esta conlleva, deberían de ser motivos suficientes para el replanteamiento paulatino de un sistema que se percibe ya como inadecuado.

En este momento, hace eco la objeción que Walker²⁰⁷ califica de fatal al constitucionalismo en el sentido de que resulta contradictorio buscar el desarrollo de un sistema mundial de gobernanza equitativo dentro de esquemas que no fueron diseñados para tales efectos. En el caso particular de la CNU, el bagaje político que acarrea dicho instrumento se percibe como un obstáculo recurrente que imposibilita reformas sustantivas en la dirección apuntada por el movimiento constitucionalista. Por ende, se

²⁰⁷ *Supra* nota 185.

coincide con Nico Krisch²⁰⁸ cuando señala que es precisamente el enfoque holístico del constitucionalismo, dirigido a la formación de un ordenamiento global plenamente justificado, el talón de Aquiles de la perspectiva constitucionalista. De tal manera, es posible pensar que el proyecto del DAG se presenta como una opción más atractiva en cuanto a que al plantearse metas más modestas, pudiera resultar un enfoque más eficaz para el desarrollo de contrapesos adecuados de un sistema internacional que se percibe como poco integrado. Sin embargo, no es posible aventurarse a realizar tal afirmación puesto que, como se verá, si bien en otra dimensión, la estrategia del DAG enfrenta también el problema de que no puede ignorar, mucho menos desprenderse, de las mismas consideraciones histórico-políticas que acechan al constitucionalismo. En consecuencia, será preciso realizar también una valoración de las limitantes inherentes a la propuesta del DAG.

3.2 Constitucionalismo Sin Constitución: Los Límites al Derecho Administrativo Global

El primer inconveniente que se presenta respecto al proyecto del DAG es precisamente lo complicado que puede resultar diferenciar sus propuestas de aquellas formuladas en términos constitucionalistas. A través de un meritorio ejercicio de honestidad académica, Nico Krisch²⁰⁹ reconoce diversas dimensiones del problema aludido. En primer plano, señala que es imposible considerar la creación de procedimientos regulatorios de rendición de cuentas y transparencia sin considerar el marco constitucional al que responderían. De tal manera, para poder crear mecanismos de salvaguarda adecuados, no puede limitarse su diseño a consideraciones relativas a estos mismos. Sino que, además, es preciso valorar de manera integral el régimen en que habrán de implementarse. Por tanto, la revisión de las instituciones involucradas, su autoridad, composición, procedimientos, mecanismos de control, así como la revisión de las relaciones fácticas y formales entre ellas; se vuelve imperativa. En este escenario, separar lo administrativo de lo constitucional se percibe como algo complicado.

En segundo término, el referido académico²¹⁰ observa la presencia en el plano normativo de corolarios derivados de la intersección entre lo administrativo y lo constitucional. Sobre este tema, destaca el contraste entre lo que sucede en el entorno

²⁰⁸ *Supra* nota 168.

²⁰⁹ Nico Krisch, "Global Administrative Law and the Constitutional Ambition", *Op. Cit.*, pp. 15-16.

²¹⁰ *Ibid.*, pp. 16-17.

doméstico y lo que acontece en el ámbito internacional. Mientras que, en el primero, mecanismos tales como la revisión judicial, la rendición de cuentas, o la participación en los procesos normativos se encuentran incrustados dentro de una estructura más amplia en la que el público puede cambiar a sus gobernantes según su voluntad, en el segundo, tal responsabilidad política es prácticamente nula. En la esfera internacional, la falta de una base legislativa como la que existe en el dominio interno traslada completamente la obligación de procurar la participación ciudadana en la toma de decisiones a los procedimientos administrativos, lo cual puede resultar excesivo. A su vez, una situación como la referida puede propiciar que el desarrollo del DAG se caracterice por una renuncia a la democracia en favor del control. Esto, a su vez, pudiera devengar en un sistema centrado no en el desarrollo cooperativo, sino en la revisión. Por último, Krisch reconoce que a toda esta serie de complicaciones es posible añadir una más que yace en el centro del proyecto del DAG: la rendición de cuentas se entiende como el control *ex post facto* a la toma de decisiones. Entonces, siendo que la revisión *a posteriori* y la participación *a priori* desempeñan funciones similares, el centrarse en la primera pudiera tener como repercusión entendimientos parciales que a su vez conducirían a valoraciones normativas distorsionadas.

En este sentido, se encuentra que el proyecto del DAG adolece al igual que constitucionalismo de una endeble estructura para atajar los problemas globales desde el punto de vista normativo. La paradoja resulta evidente. ¿De qué sirve diseñar mecanismos de control para instituciones normativas que pueden ser en sí mismas cuestionables? En este contexto, puede considerarse que el potencial del DAG puede verse limitado si no se toma en cuenta la importancia política de los procesos que este pretende revisar. De tal manera, el llamado para el fortalecimiento de procedimientos y clarificación de normas debe de estar acompañado del entendimiento de que la estructuración de tales conceptos condicionará el que algunas personas en algunos Estados se beneficien, mientras que otras, tengan que enfrentar privaciones²¹¹.

Para B.S. Chimni²¹² el DAG emergente es una parte inextricable del Derecho Internacional e instituciones contemporáneas con carácter imperialista. Explica, que tal y como se encuentra conceptualizado actualmente, el DAG se preocupa excesivamente

²¹¹ Susan Marks, "Naming Global Administrative Law", *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 37, n° 4, 2005, p. 997.

²¹² B.S. Chimni, "Co-Option and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law", *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 37, n° 4, 2005, pp. 799-801.

de procedimientos de revisión, rendición de cuentas y participación; dejando prácticamente de lado el trato de normas sustantivas. Entonces, la falta de crítica y reforma de instituciones y normas deficientes puede conducir a la legitimación de normas e instituciones injustas. Para el citado autor, la experiencia confirma que el poder juega un rol preponderante en el desarrollo, invocación e implementación del Derecho Administrativo, lo que puede conducir a que este se utilice como un instrumento de cooptación. En este contexto, señala que el uso de Derecho Administrativo para las poblaciones en desventaja resulta tanto a nivel doméstico como internacional, una mera posibilidad teórica. Sin embargo, advierte que la experiencia también sugiere que, bajo las condiciones adecuadas, el Derecho Administrativo puede ser un instrumento efectivo de cambio. En este sentido, se requiere de la presencia de movimientos sociales y la participación de ONG que pugnen por transparencia, atención y rendición de cuentas en favor de los ciudadanos ordinarios ante los Estados y agencias globales.

En base a lo antedicho, es posible observar que el enfoque del DAG enfrenta algunos de los mismos retos conceptuales con los que se topa el constitucionalismo. Entonces, al igual que este último, el DAG se ve limitado por las condiciones reinantes en la sociedad internacional, a saber, el hecho de que en no pocas ocasiones, la soberanía entendida en un sentido westfaliano no puede ser constreñida por valores comunes que sirvan de faro alejandrino para los Estados e instituciones internacionales. En este sentido, si bien estamos conscientes de que la perspectiva que ahora nos ocupa no pretende cimentarse sobre un sistema internacional de valores, resulta paradójico el que esto sea así pues de otra manera difícilmente pudiera moldearse un sistema de revisión. De ser así, se corre el peligro de caer en un positivismo excesivo que solo puede servir para reafirmar la voluntad del grupo más poderoso de Estados.

De tal manera, se coincide con Susan Marks²¹³ cuando advierte que no todos los eventos relativos a la transformación de la estructura internacional deben de ser necesariamente registrados como historias de progreso. En este contexto, considera que la transparencia –a la que podemos sumar el resto de los mecanismos de rendición de cuentas propuestos por el DAG- no debe, ni puede considerarse como un fin en sí misma. De ser así, se corre el riesgo de que dispositivos que correctamente canalizados

²¹³ Susan Marks, *Op. Cit.*, pp. 995-998.

podrían servir para frenar abusos en la administración global, sirvan en cambio para prevenir cambios redentores. Esto, a su vez, terminaría sosteniendo esquemas de explotación mediante una nueva ideología legitimadora. Con todo, Marks reconoce la importante aportación con la que el punto de vista del DAG ha contribuido al pensamiento académico. Al respecto, elogia la forma en que las propuestas del enfoque en comento han contribuido a un reacomodo en la manera en que concebimos las estructuras y redes internacionales en cuanto a que dichos elementos que otrora se percibían como dispares, ahora se aprecian como interconectados. Así, el DAG ofrece la posibilidad, a través de la reflexión y la investigación empírica, de pensar en cómo habrán de diseñarse sistemas globales más integrados en el futuro.

Esta línea de pensamiento, sugiere la existencia de áreas de oportunidad en el proyecto del DAG que de tomarse en cuenta contribuirían al alcance de dicho movimiento en cuanto a la consecución de sus fines. Desde una perspectiva que denomina como “del tercer mundo”, B.S. Chimni²¹⁴ sugiere que el inicio de la problemática descrita estriba en la concepción original del DAG en cuanto a que ofrece una visión estrecha del mismo. Critica que, al identificar a la acción administrativa con toda elaboración de normas, adjudicaciones u otras decisiones de asuntos particulares que no pueden considerarse como parte del derecho de los tratados o como meras resoluciones de conflictos entre partes contendientes; los partidarios del DAG permanecen dentro de la tradicional concepción dualista del Derecho Internacional. Entonces, el DAG se desarrolla en un contexto que entiende que el Derecho Internacional no se ocupa directamente ni de personas, ni de instituciones privadas. Consecuentemente, Chimni propone una definición más amplia del movimiento referido que permita tomar en cuenta las normas sustantivas en conjunción a las normas procedimentales con el fin de restar fuerza al cauce imperialista que de acuerdo con él caracteriza al desarrollo actual del DAG.

Acorde con las consideraciones presentadas, puede concluirse parcialmente que tanto los detractores del constitucionalismo, como aquellos del DAG, concuerdan en percibir que los referidos enfoques encierran cierto peligro en cuanto que pudieran ser utilizados para la perpetuación de estructuras que fomenten la desigualdad entre los distintos actores internacionales. Sin embargo, incluso una mirada superficial a las

²¹⁴ B.S. Chimni, “Co-Option and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law”, *op. cit.*, pp. 803-804.

estructuras y desarrollo del Derecho Internacional desde la perspectiva realista revela que dicho sistema difícilmente se ha distinguido a lo largo del tiempo por estar construido con base a la inclusión. De tal manera, si bien por un lado parece posible afirmar que durante la segunda mitad del siglo pasado se suscitaron cambios importantes en el sistema jurídico internacional que apuntan hacia una mayor cooperación y participación entre los distintos actores internacionales, por otro lado, parece que el entusiasmo mostrado ante dichos cambios debe de moderarse. Dicho sea de otro modo, no puede minimizarse el peso que todavía tiene en la formación y desarrollo del Derecho Internacional la influencia de los Estados más poderosos.

3.3 Limitantes Inherentes del Sistema Internacional para la Consolidación de Enfoques Centralizados del Derecho Internacional

A través del análisis realizado en la sección anterior, resulta posible verificar la presencia de argumentos de peso que previenen la consolidación de esquemas de pensamiento a través de los cuales, se concibe la jerarquización y centralización del Derecho Internacional. Además de las limitantes identificadas con relación al alcance de los enfoques estudiados, se estima que existen otras limitaciones que, siendo inherentes al sistema jurídico internacional contemporáneo, se presentan como obstáculos tanto para la consolidación del DAG como del constitucionalismo internacional. En primer término, se alude a la doble capacidad con la que funcionan las OI. Tales entidades, están diseñadas para fungir como foros interestatales de cooperación, así como para actuar con cierta autonomía decisoria con respecto a los miembros que las conforman. Tal situación, evidencia una problemática consistente en que en no pocas ocasiones, resulta difícil determinar si son las acciones de los Estados, o aquellas de las organizaciones a las que pertenecen, las que requieren de cierto control. Asimismo, se advierte la presencia de enfoques que consideran que, lejos de estar inmerso en un proceso de centralización, el orden jurídico internacional se está fragmentando debido a la proliferación de regímenes autónomos, emergidos de la vasta producción de acuerdos multilaterales acaecida en los últimos tiempos, los cuales, a su vez, han propiciado la creación de toda clase de OI que operan en las más diversas áreas del sistema jurídico internacional. De tal suerte, se dedicará la última sección de esta primera parte al análisis de dichas cuestiones.

3.3.1 Limitantes al Control de las Organizaciones Internacionales ¿Quién Controla a Quién?

La estructura multidimensional por medio de la cual se conforman las OI les permite actuar en una doble capacidad; ya sea como foros de cooperación interestatal, ya sea como entidades autónomas. De tal manera, la misma naturaleza de las OI complica en demasía determinar *a quién* se está tratando de controlar. Al respecto, Jan Klabbers²¹⁵ identifica la existencia de una paradoja en el seno de la tendencia constitucionalista que actualmente tiene lugar en las OI en el sentido de que, en ocasiones, aquello que se encuentra sujeto al control tiende a escapar dicho control y termina, por lo tanto, controlando. De manera simpática, el profesor Klabbers equipara esta situación con la creación del monstruo de Frankenstein. Así las cosas, no puede evitarse recordar el señalamiento realizado por el profesor Arangio-Ruiz²¹⁶ cuando en relación con la propia ONU afirmaba que son los Estados y no a la inversa los que mantienen el control de las decisiones organizacionales.

Para Klabbers²¹⁷ nunca está del todo claro quien finalmente retiene el control, los Estados o la organización. Aunque la organización intente desesperadamente ser independiente, esto solo ocurrirá en la medida en que sus miembros lo permitan. Ante esta situación, los mecanismos de control constitucional existentes –específicamente, la doctrina de los poderes atribuidos, la doctrina de la necesidad funcional y, la doctrina *ultra vires*²¹⁸– serán, en última instancia, ineficaces. En este sentido, si los miembros

²¹⁵ Jan Klabbers, “Constitutionalism Lite”, *Op. Cit.*, p. 37.

²¹⁶ *Supra* nota 188.

²¹⁷ Jan Klabbers, “Constitutionalism Lite”, *Op. Cit.*, pp. 43-44.

²¹⁸ Klabbers considera que estas tres doctrinas se han desarrollado en el marco del derecho de las OI y que siendo que están orientadas al control de las mismas, no sería inapropiado tratarlas de “constitucionalistas”. Empero, advierte que ninguna de ellas funciona del todo bien. Primeramente, se ocupa de criticar el alcance de la doctrina de los poderes atribuidos. De acuerdo con dicha doctrina, cada organización puede actuar únicamente conforme a los poderes que específicamente le fueron atribuidos mediante su instrumento constitutivo. No obstante, el empleo de esta doctrina como mecanismo de control se encuentra severamente limitado debido a la existencia de la noción ampliamente reconocida de que, si las OI actuaran únicamente de acuerdo con sus poderes explícitos, su funcionamiento podría verse indebidamente mermado. Esta idea, dio lugar al desarrollo de la doctrina de los poderes implícitos, cuya versión más modesta permite deducir poderes de la organización con base a sus poderes atribuidos. Sin embargo, una versión más ambiciosa de la mencionada doctrina permite deducir poderes en función de los propósitos de la organización. Esta situación, se entiende problemática en cuanto que resulta relativamente sencillo crear una conexión entre una actividad y los propósitos de una determinada organización. En consecuencia, ante la indeterminación en el alcance la doctrina de los poderes implícitos, la efectividad de la doctrina de los poderes atribuidos como limitante constitucional resulta de poca utilidad. En segundo término, Klabbers aborda la doctrina de la necesidad funcional, la cual sostiene que una organización debe de tener los poderes y derechos que le permitan funcionar adecuadamente. El límite constitucional consiste en que la organización no puede actuar más allá de lo estrictamente

desean que una organización realice determinada actividad siempre podrán crear un nuevo poder, encontrar un poder implícito, expandir su concepción de lo que constituye una necesidad funcional o, adoptar una medida que permita a la organización involucrarse en dicha actividad. Incluso, de encontrarse que la acción en cuestión no puede ser emprendida dentro del marco organizacional; finalmente nada previene a los miembros actuar fuera de este. No obstante, aunque parecería que ultimadamente son los Estados miembros quienes mantienen el control, Klabbers advierte que la organización no se encuentra totalmente desprovista de poder por la simple y sencilla razón de que las organizaciones, como fenómeno, no pueden ser erradicadas.

Además de la incertidumbre causada por el velo institucional, existen otra serie de cuestiones que obstaculizan la implementación de controles constitucionales o administrativos a los actos de las OI. Gran parte del problema, radica en la falta de unidad del derecho de las organizaciones internacionales. En otra de sus obras, Jan Klabbers²¹⁹ señala que todas las organizaciones tienen sus propios ordenamientos jurídicos que se caracterizan por ser autónomos. Entonces, aunque estas pueden en ocasiones actuar de manera similar, no existe un cuerpo coherente de normas que las regule. Esta situación, no resulta problemática mientras que los efectos de las decisiones que tome la organización se produzcan únicamente de manera interna. Sin embargo, cuando la organización entra en contacto con el exterior, puede tomar acciones cuestionables que se asemejen a aquellas que son capaces de emprender los Estados. Ante este escenario, juzgar dichas acciones requeriría la existencia de reglas y estándares externos. No obstante, más allá de la premisa de que las OI están sujetas al Derecho Internacional por ser sujetos del mismo, no es posible identificar una teoría clara de las obligaciones que determine con precisión las normas que les son aplicables a dichas entidades, ni la razón por la que deben aplicárseles.

necesario para realizar sus funciones. Sin embargo, esta perspectiva presenta a su vez dos problemas: primero, al centrarse en los intereses de la organización pasa por alto los intereses de terceros y, segundo, la doctrina resulta demasiado indeterminada para tener un uso concreto. Finalmente, Klabbers analiza la doctrina *ultra vires* según la cual, si una organización realizara actividades que excedan sus competencias, las primeras, de alguna forma serán invalidadas. Con respecto a esta doctrina, señala que la CIJ ha establecido a través su jurisprudencia la presunción de que las actividades de las OI no son *ultra vires*, puesto que de otra manera, estas no podrían funcionar adecuadamente. En la práctica, es virtualmente imposible revocar dicha presunción puesto que no solo no existen los mecanismos adecuados para hacerlo, sino que bastaría con que la mayoría de los miembros de la organización aceptara la legalidad de la acción o incluso, con que no la protestaran para confirmar su validez. Véase, *Ibid.*, pp. 37-41.

²¹⁹ Jan Klabbers, "The Paradox of International Institutional Law", *International Organizations Law Review*, vol. 5, n° 1, 2008, pp. 13-15.

De acuerdo con el referido autor²²⁰, movimientos como el constitucionalismo y el DAG intentan superar la falta de una teoría coherente de las obligaciones de las OI a través de una respuesta moral. Desde esta perspectiva, se entiende que las OI deben de estar regidas por el Derecho Internacional porque lo opuesto no es deseable, incluso; resulta impensable. En relación con el constitucionalismo, advierte que los valores universales a través de los cuales supuestamente se limita la actividad de las organizaciones y entre los que típicamente se alude a los DDHH, en especial, a los derechos civiles y políticos, guardan poca relevancia en relación con las OI. Añade, que en primer lugar uno esperaría que las organizaciones no incurrieran en actos como la tortura -por lo menos no de forma regular- y que, aunque la emergencia de procesos de gobernanza democrática en dichos organismos puede ser deseable, no queda claro que estos estén obligados a desarrollarlos. En cuanto al DAG, encuentra poco viable el traslado de instituciones domésticas para controlar el comportamiento de las OI. En este sentido, no logra descubrir una razón jurídica para aplicar modelos impuestos a un Estado, ya sea mediante tratados internacionales o de acuerdo a criterios de buena administración, a una OI que no esté sujeta a dichos instrumentos. De igual forma, no existe una razón legalmente convincente para pretender que las decisiones que toman las organizaciones se sujeten a estándares democráticos y de transparencia.

Se entiende que la visión reseñada describe a las intenciones del constitucionalismo y el DAG como un tanto artificiales en cuanto a que se basan en premisas que pese a ser indiscutibles, poseen una amplitud conceptual considerable. No obstante, se juzga que el referido punto de vista subestima hasta cierto grado la importancia actual y potencial de los DDHH en relación con el Derecho de las OI. En la obra inmediatamente citada²²¹, el propio autor utiliza algunos ejemplos de las ramificaciones que el comportamiento externo de las OI puede llegar a tener en distintas esferas, entre las que se juzga, se encuentra la tocante a los DDHH. Entre tales ejemplos, destaca la mención sobre como las constantes intervenciones de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en la Ex Yugoslavia suscitaron enormidad de comentarios –más no controles de legalidad- al exponer la innegable circunstancia de que, al intervenir, la OTAN sobrepasó sus límites internos ya que tradicionalmente se consideraba que esta no podía actuar fuera del territorio de sus Estados Miembros. Esta situación, devela un

²²⁰ *Ibid.*, pp. 16-18.

²²¹ *Ibid.*, pp. 14-15.

escenario en donde no sólo la Organización en comento actuó al margen de su propio y autónomo ordenamiento jurídico, sino en el cual, además, existen serias dudas en cuanto a que sus acciones hayan violado el Derecho Internacional general.

Ejemplos como el referido evidencian lo endeble que puede resultar basar el control –constitucional o no- de las OI en un conjunto de valores comunes o en principios generales, al tiempo en que exponen la necesidad de dicho control. Del mismo modo, este tipo de casos obliga a cuestionarse sobre la posibilidad de someter a todas las OI a controles administrativos a un nivel supra-organizacional cuando ni siquiera está del todo claro que esto pueda lograrse con respecto a sus reglas internas. Con todo, se repara en la situación fáctica de que las acciones de las OI, que en ocasiones dejan entrever una autonomía con destellos soberanos, pueden llegar a impactar a individuos cuya posibilidad de control –o defensa- ante tales acciones es mínima. En este contexto, destaca el caso de los DDHH que son susceptibles de afectación en entornos relativos a las intervenciones humanitarias, el manejo de las finanzas y el comercio internacional, situaciones de crisis con respecto a refugiados y, la aplicación de sanciones inteligentes a personas y entidades presuntamente vinculadas con el terrorismo, por señalar algunos.

En este sentido, se entiende que la preocupación que muestran tanto los constitucionalistas como aquellos partidarios del DAG en relación con los DDHH atiende a los cambios que lo largo de la presente sección se han venido describiendo. Las OI, han dejado de ser meros foros interestatales de cooperación para convertirse en sujetos, que, si bien discutiblemente están bajo el control de algunos Estados, pueden tomar acciones que van mucho más allá de la voluntad individual, incluso colectiva, de sus miembros. Si bien se concuerda con la idea de que la noción de la existencia de una *voluntas* de la organización no es nueva, esta, adquiere nuevas dimensiones cuando afecta los derechos de individuos que con anterioridad permanecían –por lo menos de forma directa- relativamente ajenos a las acciones de las OI.

Por otro lado, existen visiones que suponen que la transformación en la dirección referida obedece a movimientos hegemónicos que aprovechando el proceso de disgregación que vive el Estado moderno intentan controlar las relaciones internacionales. Desde esta óptica, la erosión de la soberanía estatal contribuye a la expansión competencial de las OI que, al estar dirigidas por intereses poderosos, difícilmente podrán ser controladas. En mi opinión, los supuestos referidos justifican la

exploración de esquemas por medio de los cuales se pueda controlar la actividad de las OI. Aunque se concuerda con la postura del profesor Klabbbers, de acuerdo a la cual, esquemas como el constitucionalismo internacional pretenden colmar el vacío jurídico producto de la falta de una teoría coherente del Derecho de las OI, se razona que, en la actualidad, dicho paradigma es capaz de brindar una respuesta a dicha problemática que trasciende el plano moral. Como se tratará en la tercera parte de la presente tesis doctoral, el empleo de enfoques constitucionalistas por parte de ciertos tribunales nacionales y regionales europeos, ha dado resultados parcialmente satisfactorios al lograr controlar, si bien de manera indirecta y parcial, la implementación de las sanciones selectivas para el combate al terrorismo del CS, mismas que han sido habilitadas por medio de las resoluciones legislativas del Órgano. Si bien el control resultante puede ser descrito como *imperfecto*, se juzga que este tipo de acciones posibilitan el desarrollo futuro de una teoría sobre el derecho de las OI en cuanto que, demuestran que por lo menos ciertos DDHH, pueden ser oponibles, si bien indirecta e imperfectamente, a las acciones del más poderoso organismo internacional cuyos efectos, sin duda alguna, trascienden el derecho interno de la organización a la que pertenece.

3.3.2 La Fragmentación del Derecho Internacional: Especialización contra Centralización

En términos generales, la fragmentación se refiere al proceso que ocurre en función de la proliferación de regímenes autónomos internacionales caracterizado entre otras cosas por el considerable aumento de los llamados tratados ley, la multiplicación de la OI, y la propagación de tribunales internacionales. De tal manera, la creación de múltiples regímenes autónomos pudiera amenazar la unidad del Derecho Internacional, alguna vez identificada con una serie de normas consuetudinarias que en principio son aplicables a todos sus sujetos, en todas las situaciones. La fragmentación, es un tema capaz de justificar un estudio aparte del que ahora se realiza, sin embargo, emprender dicha tarea desbordaría la presente investigación. Consecuentemente, con respecto a este tema se tocarán solamente algunos aspectos de íntima relación con los movimientos constitucionalistas en función de mostrar la otra cara de la moneda, aquella que intenta mostrar que el Derecho Internacional no solo no se está unificando, sino que, por el contrario, se está compartimentando.

De manera más específica, el fenómeno de la fragmentación ha sido asociado con dos corolarios que guardan especial relevancia para el estudio en curso. Primeramente, se relaciona con el hecho de que la sociedad internacional carece de un cuerpo legislativo general. Esto, ha dado lugar a la proliferación de los tratados multilaterales, en especial de aquellos denominados “tratado ley”, provocando la creación de los regímenes autónomos –que no son exclusivos de las OI- a los que aludíamos con anterioridad. Este suceso, ha generado a su vez la necesidad de reflexionar sobre un derecho enfocado a la regulación de posibles conflictos devengados de la colisión entre dichos regímenes. Por lo tanto, el segundo corolario al que se alude es precisamente el desarrollo de mecanismos de revisión para tales regímenes y, además, de normas que los regulen. La situación se complica al tomar en cuenta que la fragmentación es un fenómeno sociológico que responde a un proceso de diferenciación funcional caracterizado por la emergencia de esferas de acción social especializadas que gozan de cierta autonomía. En el campo de Derecho Internacional, esto resulta en el surgimiento de sistemas regulatorios autónomos e instituciones jurídicas que responden a áreas altamente especializadas y, que pueden desarrollarse sin tomar en cuenta ni las actividades normativas e institucionales de áreas afines, ni los principios y reglas generales del Derecho Internacional²²².

Andreas Fischer-Lescano y Gunther Teubner²²³ consideran que la fragmentación del Derecho Internacional no es únicamente el resultado de colisiones normativas y conflictos políticos, sino que más bien se origina en contradicciones de razonamiento social que han sido institucionalizadas. En este sentido, la fragmentación legal es meramente un reflejo de una fragmentación más fundamental y multidimensional de la sociedad internacional en sí misma. Tomando en cuenta dicha dimensión social, cualquier aspiración de unidad normativa a nivel global está destinada al fracaso desde el inicio. Esto, debido a que la resolución de conflictos a un meta-nivel del Derecho Internacional se juzga complicada en función de la heterogeneidad que caracteriza a la sociedad internacional. Los citados autores, consideran que la fragmentación legal no puede ser combatida en sí misma, sino que, cuando mucho, puede lograrse una débil

²²² Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law”, *Report of the Study Group of the International Law Commission*, Martti Koskenniemi (Presidente de la Comisión de Derecho Internacional), A/CN.4/L.682, 13 abril 2006, pp. 10-11.

²²³ Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner, “Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, n° 4, 2004, p. 1004.

compatibilidad normativa de sus fragmentos, misma que dependerá de la habilidad del derecho de conflictos para lograr un acoplamiento flexible entre unidades que colisionan. Como puede apreciarse, bajo esta perspectiva, las aspiraciones constitucionalistas se desmoronan mientras que aquellas del DAG se entienden de pronto como demasiado ambiciosas sin importar el alcance reducido que pretenden tener con respecto a las primeras.

En este contexto, Martti Koskenniemi y Päivi Leino²²⁴ advierten la presencia de un cierto clima de ansiedad entre la comunidad de internacionalistas, misma que se relaciona con la incertidumbre que acompaña al proceso de globalización. Señalan, que, a partir del Siglo XIX, el Derecho Internacional y sus instituciones son producto de una visión caracterizada por la búsqueda de razones en función de las cuales un conglomerado aparentemente anárquico de entidades que se conciben así mismas como soberanas podían estar unidas en un nivel más profundo de existencia. De tal suerte, si en el plano doméstico el poder sería controlado a través del Derecho Público, las relaciones externas de dichos soberanos serían coordinadas por un derecho que busca legitimarse a través de argumentos racionales basados en la interdependencia e intereses armonizados. Sin embargo, el pluralismo que acompaña a los tiempos postmodernos ha tenido como resultado la erosión de estas ideas que en otro tiempo fueron consideradas sacramentales. De tal suerte, los citados autores consideran que la crisis relativa a la soberanía interna del Estado tiene su paralelo a nivel internacional en el colapso de la imagen del mundo como una sola estructura jerárquica en cuya cúspide, las Naciones Unidas gobiernan a los Estados soberanos a través de Derecho Internacional y la diplomacia. Por el contrario, el nuevo esquema global, se construye a través de relaciones informales entre distintos tipos de unidades y actores y, el Estado, alguna vez legislador internacional, se convierte en facilitador de regímenes autorregulados.

Jan Klabbers²²⁵, ha sostenido que el constitucionalismo es en gran medida una brusca respuesta para reconciliarse con la ansiedad existencial provocada por la fragmentación. Añade, que mientras que la fragmentación rompe el mundo del Derecho Internacional en segmentos pequeños, estimulando la competencia normativa entre regímenes o áreas temáticas; el constitucionalismo encierra una promesa de unidad

²²⁴ Martti Koskenniemi & Päivi Leino, "Fragmentation of International Law: Postmodern Anxieties", *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, n° 3, 2002, pp. 556-557.

²²⁵ Jan Klabbers, "Constitutionalism Lite", *Op. Cit.*, p. 37.

normativa. De tal modo, a través de la visión constitucionalista, los conflictos suscitados entre normas que regulan áreas de la más diversa índole de pronto aparecen como manejables bajo un esquema que sugiere la existencia de valores que simplemente no pueden ser afectados y, que, por ende, constituyen un punto final en donde todo el sistema converge. De tal suerte, se coincide con el citado autor cuando sugiere que quizá, lo más atractivo del constitucionalismo, reside en la inequívoca tendencia a la fragmentación que actualmente existe.

Por su parte, Koskenniemi²²⁶ se cuestiona sobre la viabilidad de las expectativas acerca de la constitucionalización del sistema jurídico internacional. Para el citado autor, la fragmentación representa diversos niveles de lucha hegemónica en cuanto que a menudo es el resultado de un desafío consciente a las características inaceptables del Derecho Internacional. En este sentido, si se entiende que tal desafío comprende la pérdida de influencia de aquellas instituciones internacionales que como la CIJ, se encargan de balancear el sistema internacional, de pronto la perspectiva constitucionalista se difumina. De tal manera, incluso considerando la existencia de un acuerdo en el sentido de que algunas normas substantivas deben de tener una posición jerárquicamente superior, a saber, las obligaciones *erga omnes* y las normas de *jus cogens*; Koskenniemi explica que dicho acuerdo depende de dos factores que no contribuyen en gran medida a la causa constitucionalista. Primero, el acuerdo obedece a la ausencia de un enlace institucional con dichas normas y, segundo, está subordinado al carácter abierto de las mismas que permite a los diversos actores internacionales proyectar sus preferencias. Ultimadamente, este tipo de arreglo solo pudiera tener como resultado una constitución de naturaleza imperial.

Fischer-Lescano y Teubner²²⁷ dudan que la creación de jerarquías normativas pueda combatir una fragmentación jurídica que a su juicio deriva de contradicciones sociales. Dichas contradicciones, se representan por los sistemas operacionalmente cerrados y fragmentados de la sociedad global que, en su afán de expandirse, utilizan al Derecho Internacional para mantener su propia estructura. Consecuentemente, la unidad del sistema jurídico internacional no puede ocurrir a través de la consistencia normativa. Por esta razón, los citados autores sugieren que dicha unidad debe reconsiderarse en términos de una inter-legalidad operativa. Para lograr lo anterior, sugieren la necesidad

²²⁶ Martti Koskenniemi, "International Law and Hegemony: A Reconfiguration", *Op. Cit.*, pp. 11-12.

²²⁷ Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner, *Op. Cit.*, pp. 1007- 1009.

de abandonar los paradigmas tradicionales que asocian las divisiones jurídicas de acuerdo a la lógica correspondiente al Estado-nación, es decir; en términos territoriales. Entonces, dicha perspectiva, que incluso ha condicionado por un largo tiempo al Derecho Internacional, deberá reemplazarse con una concepción de este último en donde las divisiones se piensen en término sectoriales. De tal manera, el surgimiento de un ordenamiento jurídico global no supone la integración o unificación de distintos sistemas jurídicos, sino que, por el contrario, apunta a la compartimentación de distintas esferas sociales que en respuesta a problemas específicos se juridifican a sí mismas.

Finalmente, los referidos académicos²²⁸ explican cómo de forma paralela a los procesos arriba comentados han surgido a un nivel global regímenes jurídicos privados completamente al margen de los procesos tradicionales de creación normativa internacional que involucran al Estado. De tal suerte, se han alzado a una escala global comunidades transnacionales o fragmentos autónomos de la sociedad; tales como la economía, ciencia, tecnología, medicina, transporte y medios masivos de comunicación cuyas necesidades en cuanto a regulación no pueden ser satisfechas por el Estado ni por las instituciones internacionales. Consecuentemente, tales comunidades han recurrido a sus propias fuentes normativas, ajenas tanto a los sistemas legislativos domésticos, como al régimen de los tratados internacionales; dando lugar al nacimiento de un derecho completamente no estatal. Como ejemplo de este tipo de normas, señalan la *lex mercatoria* relativa a la economía mundial y la *lex digitalis* concerniente al internet. Lo anterior, supone el desglose de la clásica jerarquía normativa asociada con paradigmas estatocéntricos. Entonces, probablemente cualquier idea de un orden constitucionalizado basado en jerarquía normativa se verá eclipsada ante el surgimiento de regímenes autónomos no estatales.

De tal suerte, el fenómeno de la fragmentación se presenta como una tendencia irreversible producto de la especialización a nivel global. Paradójicamente, pese a ser un proceso que obedece a necesidades sectoriales transnacionales, la fragmentación se desenvuelve en un ambiente social internacional que jamás había sido tan propicio para pensar en términos armonizadores. De tal manera, mientras que por un lado es posible identificar un enorme desarrollo normativo que requiere cada vez más de regulación altamente especializada capaz de responder a necesidades técnicas específicas, por otro,

²²⁸ *Ibid.*, pp. 1009-1012.

se advierte la necesidad de controlar el desarrollo aludido en cuanto a que sus resultados impactan indiscutiblemente aspectos relacionados con el interés público. En este sentido, si bien se considera que todavía no es posible hablar de una comunidad internacional propiamente dicha, pero, sobre todo, jurídicamente constituida; se entiende que ésta, abandona rápidamente su etapa de gestación para entrar en una de franco desarrollo.

Entonces, como consecuencia de la proliferación de regímenes autónomos sectoriales, es posible observar que actores que con anterioridad jamás se hubieran relacionado, de pronto se encuentran unidos por redes transectoriales que los regulan. Dicho sea de otro modo, la anhelada unificación del Derecho Internacional parece estar ocurriendo –contradictoriamente- a través de su sectorización. Ante dicha situación, pareciera que enfoques como el constitucionalismo y el DAG correctamente encauzados pudiesen resultar de gran utilidad en el desarrollo de una nueva cultura jurídica dentro de la cual, como se ha sugerido, el Estado habrá de ceder protagonismo legislativo para convertirse en un facilitador normativo de agentes interestatales o incluso privados. Sin embargo, se entiende como poco conveniente abandonar con demasiada celeridad el soporte que todavía brinda el Estado al sistema jurídico internacional, en cuanto que las nuevas estructuras internacionales se perciben todavía como endebles para realizar funciones de gobernanza al margen de dicha entidad.

Con todo, al considerar los asuntos tratados en la presente sección, parece pertinente recordar que los sistemas internos de gobernanza –al igual que los internacionales- se encuentran a un largo camino de la perfección. De tal suerte, mientras que nos hemos ocupado de señalar las dificultades que conlleva el pensamiento constitucionalista internacional, hemos obviado, por razones metodológicas, consideraciones similares respectivas al constitucionalismo doméstico. Situados en este contexto, nos atrevemos a cuestionarnos sobre los avances, coherencia y efectividad de los sistemas constitucionales internos que, de forma similar al constitucionalismo internacional, presentan grandes áreas de oportunidad. De tal manera, parece posible afirmar con seguridad que las mismas dolencias que se han señalado en el plano internacional, aquejan a la mayoría de los sistemas estatales. En este sentido, se estima que la falta de representatividad y de mecanismos adecuados de rendición de cuentas, no son problemas exclusivos del plano internacional.

Consecuentemente, no puede sino concluirse que los esfuerzos de cooperación internacional no pueden, ni deben esquematizarse ya en las nociones meramente westfalianas asociados con el Derecho Internacional clásico. Entonces, se considera que, mientras que definitivamente es posible identificar la sectorialización del Derecho Internacional, no es posible proclamar la disgregación total del Estado. Esto, aunque complica el desarrollo normativo tanto en plano nacional como en el internacional puede resultar provechoso para ambos niveles si se orienta de una manera adecuada. Se juzga que, si los sistemas domésticos han obtenido beneficios de los avances ocurridos en el plano internacional, como aquellos relativos a los DDHH y el Derecho Humanitario, lo mismo puede suceder a la inversa. Sin bien estamos conscientes de las dificultades que implica el problema de la traducción y de lo poco idóneo que puede resultar el uso generoso de analogías domésticas, también se razona que dichos procesos son, en última instancia, inevitables.

De tal manera, el enfoque proporcionado por el DAG, que no traduce, sino que se inspira en figuras administrativas domésticas puede ser altamente provechoso para lograr la construcción y funcionamiento efectivo de las redes jurídicas que se requieren para la interrelación de los sistemas autónomos sectoriales evidenciados por las tendencias que señalan la fragmentación. Empero, la construcción de dichas redes, cuyos nodos encarnarían los mecanismos de revisión judicial y transparencia propuestos por el DAG, resultaría fútil sin una estructura cimentada en valores como aquella propuesta por el constitucionalismo. No obstante, la determinación de los valores en los que debe anclarse dicho sistema se vislumbra como una tarea improbable, por lo menos a corto a plazo. Sin embargo, es aquí donde el Estado debe de jugar un papel preponderante no solo en la identificación de tales valores, sino en la fiscalización de posibles cambios supervinientes en el sistema. Esto, pudiera reducir el peligro señalado en el sentido de que un sistema basado en valores absolutos está destinado a la hegemonía.

En lo particular, se considera que los peligros asociados con la instrumentalización de la doctrina constitucionalista no pueden ser descartados puesto que, la práctica del CS durante la década de los 1990s permite entrever sus dimensiones reales. No obstante, tampoco puede considerarse que el empleo del constitucionalismo tenga el inevitable fin de habilitar un entramado constitucional globalizado erigido enteramente para crear y desarrollar estructuras jurídicas hegemónicas. De tal manera, aunque

ciertamente es posible identificar tintes constitucionalistas en el desarrollo de ciertas estructuras normativas creadas por el CS, tales como aquellas que le han permitido la adopción de resoluciones legislativas, también resulta posible identificar la orientación constitucionalista en el desarrollo de los mecanismos de control que han servido para modular no solo la aplicación de las decisiones del CS, sino, además, el desarrollo y configuración de los procesos por medio de los cuales se adoptan tales decisiones. De esta forma, se advierte el surgimiento de controles externos, indirectos y descentralizados a los actos del CS, que pueden explicarse adecuadamente en función de la defensa de ciertos valores compartidos por la comunidad internacional. Tales valores, se materializan en la protección a los DDHH de los individuos, al tiempo en que se asocian con nociones relativas al imperio de la ley.

Como se verá durante la Tercera Parte de la presente tesis doctoral, los mecanismos descritos se han conformado principalmente en el espacio geográfico europeo. Por ello, han sido tildados de imperialistas en cuanto a que intentan exportar la concepción particular imperante en Europa sobre los DDHH. No obstante, al analizar los diversos resultados arrojados por dicho proceso, resulta posible advertir una auténtica reconfiguración en ciertas áreas específicas de la producción normativa internacional, que difícilmente pudiese haber ocurrido si los diversos actores involucrados no gozasen de cierta conciencia con respecto a la ascendente jerarquía de los DDHH en el ordenamiento jurídico internacional. De esta forma, el constitucionalismo internacional no se desarrolla mediante un proceso constituyente por medio del cual, se adopte un documento formalmente habilitado para fungir como la carta magna de la sociedad internacional. Más bien, ocurre dentro de un proceso continuo, en el cual, los Estados, agentes normativos internacionales por excelencia, han encontrado la forma de hacerse partícipes de aquellos procesos normativos de los que en algún punto fueron relegados.

II. Segunda Parte: El Rol del Consejo de Seguridad en la Producción Normativa Internacional: El Desarrollo de Competencias Legislativas y los Límites a su Ejercicio

Sin lugar a dudas, el caso del CS constituye el ejemplo más trascendente de la evolución en los procesos de producción normativa del Derecho Internacional analizada a lo largo del primer capítulo de la presente tesis doctoral. En primer término, las particulares circunstancias en las que fue creado dicho Organismo evidencian la necesidad de trasladar ciertas competencias tradicionalmente asociadas con la actividad estatal al plano internacional. De forma drástica, la instauración del CS representa, por lo menos en papel, una amplia delegación de poderes por medio de la cual, los EMNU renuncian a la confrontación armada como vía para la solución de conflictos, al tiempo en que centralizan la toma de decisiones en materia de preservación de la paz y seguridad internacionales al encomendar dicha tarea a un Organismo que, no solo posee la capacidad exclusiva de determinar aquello que es constitutivo de una amenaza a la paz, sino que, además, se encuentra facultado para tomar decisiones automáticamente vinculantes para la totalidad de los Miembros de la Organización, sin necesidad de que estos manifiesten su consentimiento *a priori* o *a posteriori* para tales efectos.

Se observa, que la particular composición del CS, así como los vastos poderes con los que ha sido investido, potencializan su capacidad como organismo internacional para adaptar, o, mejor dicho, para expandir sus competencias en virtud de las necesidades funcionales que surjan con respecto a su ámbito de acción. Esto es así, puesto que ningún otro organismo ha desarrollado la capacidad de circundar virtualmente el consentimiento estatal como base normativa, consiguiendo de esta forma imponer obligaciones generales y de largo alcance, que se asemejan a aquellas que, con anterioridad, únicamente se podían adquirir por la vía convencional. Aunque bienvenida en algunos sectores, la actividad legislativa del CS continúa suscitando cuestiones diversas sobre su pertinencia e idoneidad. En este sentido, se advierte que las resoluciones legislativas del CS resultan problemáticas en al menos tres aspectos.

El primero de tales, tiene que ver con su justificación misma bajo el régimen convencional de la ONU. Como se ha esbozado, tanto las resoluciones propiamente

legislativas, como aquellas adoptadas por el CS durante la década de los 1990s, difícilmente encuadran en el esquema previsto por la CNU. Por tal motivo, suscitan consideraciones con respecto a su legalidad, misma que discutiblemente ha sido reafirmada a través de un uso excesivo de la doctrina de los poderes implícitos. En segundo lugar, siendo que las medidas adoptadas mediante algunas de las resoluciones aludidas, representan obligaciones onerosas para los EMNU, por medio de las cuales, se encuentran obligados a realizar modificaciones sustanciales en sus propios ordenamientos jurídicos; estas, han propiciado interrogantes con respecto a la facultad del CS para incursionar en ámbitos que, antaño, pudiesen haber sido considerados como pertenecientes a la jurisdicción exclusiva del Estado. Este tipo de acciones, conlleva el riesgo de distorsionar el balance que pudieran haber logrado los Estados a través de la instauración paulatina de procesos democráticos de decisión. Por último, algunas de las resoluciones en comento resultan problemáticas en cuanto a que, al imponer sanciones en forma de congelamiento de activos y restricciones de movilidad a aquellos individuos sospechosos de participar en actividades terrorista a través de un sistema de listas negras, han tenido efectos perniciosos sobre los DDHH de los sancionados, particularmente sobre aquellos relativos al debido proceso, la defensa y el acceso a los tribunales.

4. De la Parálisis Funcional a la Adopción de Resoluciones Atípicas: El Camino hacia el Periodo Legislativo en la Práctica del Consejo de Seguridad

Al analizar los poderes conferidos a al CS a la luz del principio de atribución, es decir, bajo el entendimiento de que, las competencias del Órgano se delimitan únicamente en función de los expresamente previsto por dicho instrumento, resulta inevitable caer en cuenta de que este no posee poderes que le permitan adoptar instrumentos de naturaleza legislativa. Por el contrario, el articulado pertinente del tratado fundacional de la ONU describe a un órgano con capacidades ejecutivas, diseñado para reaccionar ante la irrupción, o el posible rompimiento, de conflictos armados entre Estados. Hasta cierto grado, la práctica del CS durante el periodo de la guerra fría, parece confirmar esta visión sobre la naturaleza y funciones del Órgano. No obstante, una segunda mirada a dicho periodo, revelará que, desde el inicio de sus actividades, el CS mostró gran capacidad para expandir implícitamente sus

competencias de acuerdo a las necesidades que se le presentaban para cumplir con su función primordial.

Con todo, las acciones del CS durante el periodo referido pueden ajustarse sin mayor complicación a los poderes que le atribuye la CNU. Sin embargo, a partir de la década de los 1990s, el CS inicia lo que sido denominado como su periodo como “efervescente”²²⁹, “hiperactivo”²³⁰ o de “originalidad creativa”²³¹, al adoptar una serie resoluciones de encuadre dudoso en la CNU. Por medio de tales, el CS iría progresivamente ensanchando sus competencias, de forma tal que, eventualmente, podría llegar a emitir resoluciones de naturaleza legislativa. La presente sección, tiene por objeto ilustrar dicho proceso evolutivo, enfatizando los problemas que en su momento significaron la adopción de tales instrumentos. Dichas resoluciones, se consideran todavía apegadas al texto de la CNU, si bien, como se espera demostrar, a través de interpretaciones extensivas de lo previsto en dicho instrumento. No obstante, su análisis resulta importante para mostrar la progresiva expansión competencial que finalmente condujo a la emisión de las resoluciones legislativas. De tal manera, se pretende ofrecer un contraste entre las primeras acciones emprendidas por el Órgano y aquellas llevadas a cabo durante el periodo inmediatamente posterior a la guerra fría. El eje central de dicho análisis, será, por tanto, la expansión competencial realizada por el CS. Por tal motivo, se dedicará un espacio intermedio entre los periodos referidos para analizar la posibilidad de trasplantar el acto legislativo al plano internacional. De esta forma, se espera demostrar que efectivamente, en el sentido material de la palabra, el CS ha conseguido emitir legislación internacional.

4.1 ¿Policía Mundial o Legislatura en Reposo? Razón de Ser y Práctica Durante la Guerra Fría

Desde el momento de su creación, el CS fue investido con grandes poderes en cuyo ejercicio podía permitirse una gran discreción. No obstante, la situación política imperante durante la guerra fría, previno es el que este desarrollase una práctica lo suficientemente nutrida como para poder concebir adecuadamente el alcance de las

²²⁹ Soledad Torrecuadrada García-Lozano, “La Expansión de las Funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Problemas y Posibles Soluciones”, *Op. Cit.*, p. 367.

²³⁰ Benedetto Conforti, *The Law and Practice of the United Nations*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2000) pp. 172-174.

²³¹ Soledad Torrecuadrada García-Lozano, “El Control de Legalidad de las Decisiones del Consejo de Seguridad”, *Agenda Internacional*, Año XVII, No. 28, 2010, p. 104.

facultades que se le habían conferido. Dicho escenario, condujo a una concepción generalizada del CS como una especie de policía mundial, capacitado para intervenir en situaciones estrechamente vinculadas con algún conflicto armado interestatal que amenazase con quebrantar la paz internacional. No obstante, el tiempo y la experiencia demostrarían un alcance mucho mayor para los poderes del CS. En este sentido, una mirada cercana a la práctica del CS durante el periodo de la guerra fría, permite vislumbrar el verdadero potencial de dicho Organismos para incurrir en ámbitos mucho más diversos que aquellos que implican la mera vigilancia de actividades bélicas.

4.1.1 Los Poderes Atribuidos: Incapacidad Convencional para Legislar

La Primera y Segunda Guerras Mundiales, no solo fueron los conflictos bélicos con mayor número de Estados participantes de los que se tiene registro, sino que también los primeros y únicos que han alcanzado una auténtica escala global. Dada la magnitud de cada uno de ellos, su respectivo final trajo consigo la creación de OI multinacionales mediante las cuales las naciones vencedoras intentaron prevenir el surgimiento de nuevas guerras que alcanzasen el nivel de devastación que se había generado. De tal manera, ante el fracaso de la Sociedad de Naciones para prevenir el estallido de la Segunda Guerra Mundial, las potencias vencedoras de esta confrontación diseñaron a la ONU para que, a diferencia de su predecesora, estuviese mejor equipada para reaccionar de manera práctica ante cualquier acto que pudiese vulnerar de nuevo el *status quo*. Para tales efectos, la entonces nueva Organización fue dotada de un Consejo de Seguridad que, a diferencia de aquél con el que contaba la Sociedad de Naciones, sería capaz de actuar de manera efectiva en caso de una posible irrupción de hostilidades que pudiese escalar a nivel mundial.

Para tales efectos, el CS fue compuesto de forma significativamente distinta a la de su órgano homólogo en la Sociedad de Naciones. No obstante, en el tiempo inmediatamente posterior a su creación, la ONU fue blanco de ciertas críticas en el sentido de que su estructura se asimilaba considerablemente a la de su antecesora. Sin embargo, tales críticas fueron mitigadas por el entusiasmo generado ante las características que poseía el nuevo Consejo, mismas que lo colocaban como la pieza central de un atrevido intento por institucionalizar la seguridad colectiva. Entre las innovaciones que presentaba, destacaba el hecho de que incluía a todas las grandes potencias de la época. Además, se confirieron derechos y obligaciones especiales a

dichas potencias relacionadas con la manutención de la paz y seguridad internacionales. Esto, alteraría significativamente la manera en que se tomarían las decisiones del nuevo Órgano en contraste con la forma en que el Consejo de la Sociedad de Naciones adoptaba resoluciones por medio del consenso. Finalmente, el CS fue investido con la autoridad de ejecutar sus decisiones, lo que significó la capacidad de enfrentar a los Estados agresores mediante el uso legítimo de la fuerza colectiva²³².

En parte, el cambio de estructura en el CS en la ONU obedece a la falta de credibilidad de la que sufrió la Sociedad de las Naciones. Dicha sensación, fue provocada no solo por la ausencia de algunas de las grandes potencias en la Organización, sino, además, por la falta de confianza que los propios Estados Miembros le demostraron. Exceptuando la imposición de sanciones a Italia en octubre de 1935, la Sociedad de Naciones se caracterizó por su inactividad en momentos críticos tales como la ocupación alemana de Renania en marzo de 1936, situación de la que jamás se recuperó. Martti Koskenniemi, observa que la falta de fe en el sistema de la Sociedad de Naciones, misma que finalmente lo llevó a colapsar, se debe parcialmente a que a su composición respondía al deseo de brindar un trato igualitario a todos sus Miembros. Junto a este factor, una amplia dependencia en la buena fe de los Estados Miembros para cumplir con las disposiciones de la Organización, devengaron en que esta resultara poco adecuada para garantizar el orden internacional. Asimismo, la excesiva formalidad y la falta de flexibilidad de las que padecía, tornaban al sistema de la Sociedad de Naciones poco efectivo para aliviar de manera justa las problemáticas interestatales de la época²³³.

Por otro lado, con relación al sistema ONU, la facultad de imponer medidas coercitivas de la que goza el CS, combinada con la flexibilidad de la que dispone para imponerlas, ha suscitado cuestionamientos en cuanto a la legitimidad de sus acciones a lo largo de la historia. Dichos cuestionamientos, se han visto incrementados a raíz del fin de la guerra fría. Al respecto, José Álvarez²³⁴ señala como ciertos comentaristas de la talla de Rosalyn Higgins habían asumido ya en los 1960s que, de acuerdo a lo prescrito en la CNU, el CS no se encontraba autorizado para emprender acciones en

²³² Edward. C. Luck, *UN Security Council. Practice and Promise*, (Nueva York, Routledge, 2006), pp. 9-10.

²³³ Martti Koskenniemi, "The Police in the Temple. Order, Justice and the UN: A Dialectical View", *The European Journal of International Law*, vol. 6, no °1, 1995, pp. 325-348.

²³⁴ José E. Álvarez, "International Organizations as Law-makers", *Op. Cit.*, p. 173.

virtud del Capítulo VII a menos que existiese una amenaza real de fricción internacional. Para Alvarez, la disponibilidad mostrada por el CS para ocuparse de ciertas crisis relacionadas con los DDHH enlazándolas de manera tenue –incluso, sin enlazarlas en lo absoluto- a alguna posibilidad de fricción internacional suscita auténticas dudas acerca de lo que percibe como una ostensible limitante jurídica.

A la problemática descrita, es posible añadir el dudoso encaje de algunas de las acciones llevadas a cabo por el CS en el contexto descrito. Dichas acciones, han sido consideradas por algunos autores como atípicas en cuanto a que no parecen acoplarse al molde sentado mediante el Capítulo VII de la CNU. No obstante, se entiende que las resoluciones originales o atípicas por medio de las cuales fueron ejercidas, solo pueden justificarse con base al artículo 41 de la CNU en cuanto que este numeral comprende el uso de medidas vinculantes para enfrentar amenazas a la paz y seguridad internacionales que no impliquen el uso de la fuerza. De tal manera, el CS ha tomado acciones que van desde la imposición de sanciones al alguna vez racista régimen de Sudáfrica, hasta la aplicación de las llamadas sanciones inteligentes o dirigidas, o la prescripción de extensos regímenes con características normativas como medios de combate al terrorismo internacional. Por tales motivos, se inicia el análisis de las competencias de CS de acuerdo a los expresamente previsto en la CNU, de forma tal que permita contextualizar el entendimiento general que se tenía de los poderes del órgano durante su aplicación inicial en el periodo de la guerra fría. De tal manera, podrá comprobarse la sustitución de dicho paradigma por uno en el cual, el CS no solamente puede actuar de manera prospectiva, sino que, al hacerlo, puede abordar situaciones diversas a aquellas estrictamente relacionadas con los conflictos armados interestatales.

Cómo es ampliamente conocido, dividir la práctica del CS en un antes y un después de la guerra fría se ha convertido ya en un lugar común dentro de la literatura²³⁵. Consecuentemente, a menudo se comenta sobre la parálisis o amplia inactividad del Órgano durante dicho periodo. El profesor Mariano Aznar, describe de la siguiente forma esta etapa en la práctica del CS:

²³⁵ Por citar algunos ejemplos, véase, Antonio Remiro Brotons, *et. al.*, *Op. Cit.*, pp. 698-708, Malcom N. Shaw, *Op. Cit.*, pp. 1209-1210, David M. Malone, “Security Council”, en Thomas G. Weiss & Sam Daws (editores), “The Oxford Handbook on the United Nations”, (Nueva York: Oxford University Press, 2007), pp. 117-188.

Tras más de cuarenta años de letargo funcional relativo, impuesto por el conflicto político que enfrentó tempranamente a los Estados occidentales con los del bloque socialista, el Consejo ha conocido nuevos consensos y ha comenzado a ejercer –progresiva aunque selectivamente- los poderes que en 1945 le atribuyó la comunidad internacional por medio de la Carta de San Francisco. Este a veces frenético renacer de las actividades del Consejo ha levantado suspicacias [...] debido a una aparente extensión en el ejercicio de esos poderes del Consejo. Extensión que se ha manifestado tanto horizontalmente como verticalmente. Horizontalmente por cuanto parece estar ampliándose el concepto de «amenaza a la paz y seguridad internacionales» que ha permitido al Consejo debatir y decidir sobre situaciones que antes parecían de la exclusiva jurisdicción interna de los Estados. Verticalmente porque el Consejo está adoptando decisiones obligatorias para los Estados tras entender que se hallaba ante una de las situaciones descritas en el artículo 39 de la Carta, y en dichas decisiones ha incluido aspectos jurídicos cuyo acomodo entre los poderes del Consejo es, al menos, discutible²³⁶.

El pasaje citado, refleja el entendimiento de que, a grandes rasgos, con anterioridad al colapso del bloque comunista, el CS permanecía relativamente inactivo. Junto a esta idea, el fragmento introduce una noción con la que frecuentemente se asocia a dicho fenómeno en la doctrina: una vez terminada la guerra fría, el CS ha emprendido una expansión de sus poderes basado en una interpretación amplia del concepto de amenaza a la paz contenido en el artículo 39 de la CNU²³⁷. Tal y como explica Erika De Wet²³⁸, la noción de amenaza a la paz puede ser entendida de forma negativa, o estrecha, o, de forma positiva o amplia. La definición negativa de paz implica la ausencia de conflicto armado interestatal. Esta concepción, está en línea con la visión tradicional acerca de las funciones del CS que mediante una lectura combinada de los artículos 1(1)²³⁹ y 2(4)²⁴⁰

²³⁶ Mariano J. Aznar Gómez, *Responsabilidad Internacional del Estado y Acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, (Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores, 2000), pp. 27-28.

²³⁷ El artículo 39 de la CNU establece: “El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o reestablecer la paz y seguridad internacionales.

²³⁸ Erika De Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, (Nueva York: Hart Publishing, 2004), pp. 138-139.

²³⁹ El artículo 1 de la CNU establece los propósitos de la Organización. La fracción 1 establece el siguiente propósito: Mantener la paz y seguridad internacionales, y con tal fin, tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz, y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de justicia

de la CNU, entiende que el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales es la meta principal de la ONU. Como acertadamente señala De Wet, el que el artículo 39 incluya el término “amenaza” implica cierta flexibilidad en la caracterización que de esta pueda realizar el CS, puesto que no necesariamente tiene que estallar un conflicto armado para que se constituya. Por otro lado, la definición positiva de paz conlleva, además de la ausencia de conflictos armados; la existencia de relaciones amistosas entre los Estados, así como otras tantas condiciones económicas, sociales, políticas y ambientales necesarias para la existencia duradera de una sociedad libre de conflicto.

A partir de la última década del siglo pasado, el CS comienza a ser identificado no ya como un órgano reactivo y hasta cierto punto indolente, sino como una entidad dinámica capaz de afrontar de manera original y proactiva los retos que el mundo globalizado le presenta. Dicha tendencia, no solo ha sido analizada en la academia, sino que además fue externalizada por el propio CS cuando con posterioridad a lo que fue su primera reunión a nivel de Jefes de Estado, su presidencia emitió un comunicado²⁴¹ por medio del cual expresó entusiasmo ante las condiciones favorables emergentes tras la guerra fría para el cumplimiento de su misión primordial de mantener la paz y seguridad internacionales. Del mismo modo, la presidencia del CS comunicó la intención del Órgano por ocuparse de dicha misión en un ámbito más extenso que aquel circunscrito al contorno exclusivo de los conflictos interestatales. Dicha intención, quedó plasmada en la siguiente afirmación:

The absence of war and military conflicts amongst States does not in itself ensure international peace and security. The non-military sources of instability in the economic, social, humanitarian and ecological fields have become threats to peace and security. The United Nations membership as a whole, working

y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz.

²⁴⁰ El artículo 2 de la CNU establece los principios según los cuales tienen que proceder los Miembros de la Organización para poder realizar los propósitos contenidos en el artículo 1. El artículo 2(4) establece de manera expresa la prohibición del uso de la fuerza al prescribir: Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

²⁴¹ United Nations Security Council, Note by the President of the Security Council., S/23500, 31 de enero de 1992, pp. 1-5.

*through the appropriate bodies, needs to give the highest priority to the solution of these matters*²⁴².

Por medio de la declaración antepuesta, el CS se distancia significativamente de la concepción negativa de paz con la que tradicionalmente se ha asociado su quehacer. Tal separación, parece contribuir al fortalecimiento de las dos ideas arriba expuestas: primeramente, que el CS fue un órgano relativamente inactivo durante el periodo histórico de la guerra fría y, segundo, que, al término de ésta, se ocupa del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales utilizando un concepto positivo de paz mediante el cual, discutiblemente, ha expandido sus poderes. No obstante, han pasado más de 20 años desde que la presidencia del CS se expresó en los términos aludidos. Durante este tiempo, una vez disipada la conmoción inicial de un Consejo cuyos Miembros Permanentes comenzaban a actuar en concierto, ha habido espacio suficiente como para que se genere una nutrida práctica que permita replantear esta línea de pensamiento.

En este sentido, se identifican las opiniones de algunos autores que consideran que declarar que el CS se encontraba en un estado total de parálisis durante la guerra fría resulta exagerado. Uno de tales, Kenneth Manusama²⁴³, explica como durante este tiempo el Consejo gozó de un cierto grado de éxito al tomar –si bien en circunstancias dudosas- acción militar en Corea. Incluso, llegó a aplicar sanciones de forma relativamente exitosa en los casos concernientes a Rodesia del Sur y Sudáfrica. Manusama, cuestiona la idea de un CS revitalizado a partir de la década de los mil novecientos noventa, al señalar que el optimismo generado por la detención de la invasión de Kuwait por parte de Irak duró apenas un par de años. Mientras que dicho conflicto fue todavía uno de naturaleza interestatal, las nuevas amenazas a la paz y seguridad internacionales que ha tenido que enfrentar el CS a partir de los noventas, a menudo han tenido orígenes desemejantes. Sirven de ejemplo, los conflictos étnicos internos como aquellos relativos a los casos de la Ex Yugoslavia, Haití y los diversos conflictos africanos; o, inclusive, a partir del 2001, actos terroristas. Concluye, que debido a este tipo de acciones se considera que el Consejo interpretó y – discutiblemente-, expandió sus poderes constitucionales para ocuparse de ámbitos como

²⁴² *Ibid.*, p. 3.

²⁴³ Kenneth Manusama, *The United Nations Security Council in the Post-Cold War Era. Applying the Principle of Legality*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), pp. 1-2.

los DDHH, la justicia penal internacional, la gobernanza democrática y, por supuesto, el combate al terrorismo.

Frente la hipótesis que sostiene que el CS ha expandido sus poderes de acuerdo a un empleo positivo del concepto de paz, es posible encontrar conjeturas que sugieren que en realidad siempre ha estado facultado para tomar acciones de la índole referida. Desde esta perspectiva, la falta de coordinación entre los Miembros Permanentes del Consejo y las condiciones sociopolíticas -incluso tecnológicas- imperantes durante la guerra fría, ocasionaron el que este no haya tenido la oportunidad de involucrarse haciendo uso de sus poderes coercitivos en virtud del Capítulo VII de la CNU. En este sentido, su involucramiento en un puñado de conflictos, tales como los casos relativos a Rodesia del Sur y Sudáfrica, resulta ilustrativo de cómo incluso durante la guerra fría, algunas de las acciones que llevó a cabo dudosamente encuadran dentro de la concepción típica de los conflictos interestatales. Así las cosas, Luck²⁴⁴ sugiere que, aunque efectivamente la prioridad de los arquitectos del CS consistía en evitar una tercera guerra mundial mediante la construcción de un sistema de seguridad colectivo más eficaz que aquel de la Sociedad de Naciones, estos, se encontraban conscientes del peligro que representaba erigir dicho sistema en función de una sola contingencia. Consecuentemente, los fundadores de la ONU evitaron levantar un sistema de defensa estático, reservando para el CS la mayor flexibilidad posible necesaria para la toma de decisiones, razón por la cual fue necesario no restringirlo con demasiadas reglas y directrices. De esta forma, al menos teóricamente, el CS podría responder ante un rango ilimitado de situaciones capaces de poner en peligro la paz y seguridad internacionales y, al mismo tiempo, evitar que sus Miembros permanentes se vieran constreñidos a lidiar con amenazas a la seguridad de menor interés para ellos. Como señala el citado autor, esta apertura inicial en el mandato del CS, causó preocupación entre los Miembros más débiles y vulnerables de la ONU. Dicha preocupación, se ha visto revitalizada debido la relativamente reciente diversificación en las actividades del CS.

Por ende, es imperativo tomar en cuenta que la CNU no hace mención de algunas de las actividades en las que con posterioridad a la guerra fría se ha involucrado el CS. No obstante, también es preciso tomar en cuenta la amplia aceptación de la que goza la

²⁴⁴ Edward C. Luck, "A Council for all Seasons: The Creation of the Security Council and its Relevance Today", en Vaughan Lowe *et. al.* (editores), *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*, Nueva York: Oxford University Press, 2008, pp. 63-70.

doctrina de los poderes implícitos por medio de la cual, debatiblemente, se podría justificar la implicación del CS en actividades no explícitamente contenidas en la CNU. Con todo, más allá de las consideraciones teórico-jurídicas que se realizarán en la presente sección sobre la correcta aplicación –o no– de la doctrina de los poderes implícitos para verificar un entendimiento amplio de las competencias del Consejo, parece pertinente realizar un recorrido de su práctica antes y después de la guerra fría con miras a dilucidar si efectivamente, este ha ensanchado sus competencias o, si por el contrario, su originalidad creativa está comprendida dentro lo prescrito por la CNU. Con el fin de no desbordar, concentraremos nuestros esfuerzos en ciertas acciones ejercidas bajo la práctica del CS circunscrita al Capítulo VII de la CNU, puesto a que son precisamente las medidas coercitivas que puede tomar en virtud de dicho apartado, las que nos interesan como posible fundamento de su actividad legislativa. Por ello, antes de adentrarnos en la práctica del Órgano durante dicho periodo, conviene repasar los poderes que este rubro le confiere expresamente la CNU.

Como piedra angular del sistema de seguridad colectiva de la ONU, el CS ocupa un lugar preponderante en el texto de la CNU. El Capítulo V de la Carta versa sobre la composición, funciones y poderes generales del Consejo. El Capítulo VI establece los lineamientos de actuación del CS en casos que requieran del arreglo pacífico de controversias. Por su parte, el Capítulo VIII delimita la relación entre el Consejo y los acuerdos u organismos regionales. Asimismo, el Capítulo XII define el rol del CS con respecto a los regímenes internacionales de administración fiduciaria. Desbordaría el objeto de nuestra investigación el tratar la totalidad de prescripciones contenidas en la CNU que tratan sobre el CS. De tal manera, sin perjuicio de que a través de la redacción de la presente sección, en la que se pretende ofrecer un panorama de la práctica del Órgano antes y después de la guerra fría, se haga referencia a algunas previsiones contenidas en las secciones mencionadas de la CNU que pudieran ser relevantes para el análisis propuesto, habrán de tomarse como hilo conductor de dicho análisis, los actos del CS en virtud del Capítulo VII, relativo a las acciones en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos a la paz o actos de agresión.

En lo particular, interesa la relación entre los artículos 39 y 41 de la CNU en cuanto a que se entiende que, aplicados de manera conjunta, constituyen la vía jurídica que justifica no solo los actos legislativos del CS, sino el resto de las decisiones producto de su originalidad creativa. El primero de los numerales referido, opera como un

interruptor que permite activar el mecanismo necesario para que el CS adopte medidas vinculantes con el fin de atajar situaciones que amenacen o quebranten la paz y seguridad internacionales. En este sentido, la determinación de lo que constituye una amenaza a la paz tendrá gran relevancia para definir el tipo de problemas de los que pueda ocuparse el CS y, eventualmente, las medidas que pueda tomar al respecto. Como se ha esbozado, el Consejo goza de una gran latitud tanto para declarar la existencia de una amenaza a la paz como para elegir las medidas con las que habrá de lidiar con esta. Dicha idea, es tan aceptada en la doctrina como la noción de que por muy amplia que sea la discreción que posee el CS para el ejercicio de sus poderes, éste, al ser parte de una OI, está circunscrito a ciertos límites contenidos en el tratado fundacional de la ONU y el Derecho Internacional General.

El Capítulo V de la CNU se ocupa de la composición y poderes generales del CS. De acuerdo con el artículo 23(1) contenido en dicha sección “[e]l Consejo de Seguridad se compondrá de quince Miembros de las Naciones Unidas. La República de China, Francia, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas²⁴⁵, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América, serán los Miembros permanentes del Consejo de Seguridad.” Además de sus asientos permanentes, los Estados mencionados gozan del llamado “derecho al veto” en virtud de lo previsto en el artículo 27(3), numeral que establece que sobre todas aquellas cuestiones que no son de procedimiento: “[l]as decisiones del Consejo de Seguridad sobre todas las demás cuestiones serán tomadas por el voto afirmativo de nueve Miembros, incluso los votos afirmativos de todos los Miembros permanentes”.

Evidentemente, la composición del CS no fue pensada en términos democráticos. Su estructura, fue concebida para que le fuera posible cumplir con la responsabilidad primordial que le confirieron los EMNU mediante el artículo 24 de la CNU²⁴⁶: mantener la paz y la seguridad internacionales. El alcance del concepto de responsabilidad “primordial” en este artículo va más allá de su acepción preponderante, ya que establece

²⁴⁵ Tras la disolución de la Unión Soviética, Rusia continuó ocupando el lugar permanente como sucesor de este Estado.

²⁴⁶ El Artículo 24 de la CNU establece: 1. A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa en nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad. 2. En el desempeño de estas funciones, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas. Los poderes otorgados al Consejo de Seguridad para el desempeño de dichas funciones quedan definidos en los Capítulos VI, VII, VIII y XII. 3. El Consejo de Seguridad presentará a la Asamblea General para su consideración informes anuales y, cuando fuere necesario, informes especiales.

la preferencia del Consejo frente a cualquier otro órgano de la ONU para tratar y decidir sobre esta esfera competencial. Además, es importante destacar que más allá de definir el objetivo principal del CS a través del referido numeral, los EMNU acuerdan que este en el desempeño de dichas funciones actúa en nombre de ellos.

Esta delegación de poder, se asumió al momento de redacción de la CNU en tanto que se pensó que la acción emprendida por un órgano pequeño y de funcionamiento continuo sería más rápida y eficaz en el mantenimiento de la paz y seguridad que lo que pudiera llegar a ser la de un órgano plenario y esporádico en su funcionamiento como lo es la AGNU²⁴⁷. En la fracción segunda del mismo numeral se establecen los límites de acción del CS en este ámbito. Según dicha previsión, el Órgano actuará conforme a los propósitos y principios de las ONU, que son enumerados en los artículos 1 y 2 de la Carta. En otras palabras, en su actuar, el CS debe de respetar la soberanía de los Estados Miembros, especialmente en aquellos asuntos que sean esencialmente de jurisdicción interna y, debe, además, respetar los principios de igualdad y libre determinación de los pueblos.

Prima facie, pareciera que la composición del CS, así como la atribución de que este actué en su nombre concedida por los EMNU, contrasta con lo dispuesto en el artículo 2(1) de la CNU, que establece que para la realización de los propósitos de la Organización²⁴⁸, ésta se basa en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros. Al conceder a los cinco Miembros Permanentes una posición tan prominente, la CNU contempla una excepción al principio de soberanía que en el momento de su creación se justificó por la necesidad de asegurar la paz internacional de una manera efectiva. En aquel entonces, la satisfacción de dicha necesidad solo se consideraba posible con la participación de las cinco potencias que desde entonces ocupan los asientos permanentes del CS²⁴⁹. Lo anterior, resulta especialmente trascendente tomando en cuenta que el CS es el único órgano de Naciones Unidas capaz de imponer medidas obligatorias en aras de mantener la paz y seguridad colectivas. Además, posee la autoridad necesaria para tomar decisiones que son vinculantes no solo para sus propios Miembros, sino para todos los EMNU (en virtud de los artículos 25 y

²⁴⁷ Norman Bentwich & Andrew Martin, *A Commentary on the Charter of the United Nations*, (Nueva York: Routledge & Keagan Paul Ltd., 1969), pp. 61-62.

²⁴⁸ Dentro de los cuales el primero que establece la Carta en su artículo 1.1 es el de mantener la paz y seguridad internacionales.

²⁴⁹ Rudolf Geiger, "Article 23", en Brunno Simma (editor), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, (Nueva York: Oxford University Press), 2010, p. 438.

49 de la Carta) e incluso, hasta cierto grado, para aquellos Estados no Miembros (en virtud del artículo 2(6) de la Carta)²⁵⁰. Dicho lo anterior, es posible vislumbrar las razones por las que el CS fue dotado de facultades tan amplias que en algunos supuestos dificultan la identificación de los límites bajos los cuales debe de conducirse.

El artículo 25 de la CNU establece: “Los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”. Obviamente, las obligaciones asumidas por los EMNU en virtud del artículo 25 son una consecuencia directa de la autoridad que goza el Consejo bajo el artículo 24. Lo que no está del todo claro, es el alcance de dichas obligaciones²⁵¹. Atendiendo a la literalidad del artículo, los límites parecen evidentes: los Estados únicamente deben cumplir forzosamente con aquellas decisiones del CS que, de acuerdo a las intenciones del Órgano, y habiendo satisfecho los requisitos formales impuestos por la CNU, ostenten una fuerza vinculante irresistible para los Estados. No obstante, hay discrepancias en la interpretación del referido numeral que complican la determinación de su alcance²⁵². Lo anterior, no es baladí debido a que de la interpretación que se dé al artículo 25, dependerá la concepción que se tenga del alcance de los poderes generales del CS.

El principal problema de interpretación con respecto del artículo 25 consiste en establecer si la frase “de acuerdo con esta Carta” se refiere solo a los EMNU o está dirigida también a la Organización. Erika de Wet²⁵³ explica que leído en conjunción con la primera frase del artículo 2(5)²⁵⁴ es claro que la oración no se dirige exclusivamente a los Estados. Más aun, una mirada más cercana revela que siendo que el artículo 2(2) contempla una obligación general por parte de los EMNU de prestar ayuda a la Organización, no puede interpretarse que el artículo 2(5) contemple la misma obligación puesto que sería redundante. Esto, aunado a la presencia del enunciado “ejerciendo acción” en dicho artículo, llevan a De Wet a concluir que solamente las acciones emprendidas en virtud del Capítulo VII pudieran estar comprendidas en dicho artículo.

²⁵⁰ Sydney D. Bayley, *The Procedure of the UN Security Council*, (Oxford: Clarence Press, 1988), p. 4.

²⁵¹ Leland M. Goodrich, *et. al.*, *Charter of the United Nations Commentary and Documents*, (Nueva York: Columbia University Press, 1969), pp. 207-208.

²⁵² J. Delbrück, “Article 25”, en Brunno Simma (editor), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, (Nueva York: Oxford University Press, 2010), pp. 454-458.

²⁵³ Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, *Op. Cit.*, pp. 375-378.

²⁵⁴ Art. 2.5 de la CNU: “Los Miembros de la Organización prestarán a esta, toda clase de ayuda en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta, y se abstendrán de dar ayuda a Estado alguno contra el cual la Organización estuviere ejerciendo acción preventiva o coercitiva”.

Entonces, de acuerdo con esta interpretación, es posible concluir que los límites impuestos por el artículo 25 van más allá de cuestiones procedimentales puesto que contemplan el respeto a la CNU y a los principios en ella consagrados.

Con todo, la ubicación de límites precisos en el texto relativamente abierto del Capítulo VII de la CNU, así como en los principios en esta consagrados, apenas y reducen el amplio alcance del artículo 25. Aun tomando por cierta una interpretación restrictiva –y vinculada al Capítulo VII de la CNU- la práctica del CS revelará que las disposiciones del Capítulo VII dejan un amplio margen de discreción al CS lo que, por supuesto, le proporciona un enorme espectro de acción. A dicha latitud, puede añadirse aquella proporcionada por el artículo 103 de la Carta que establece que en caso de conflicto entre las obligaciones adquiridas por los Miembros de la ONU en virtud de este instrumento y cualquier otra obligación internacional, prevalecerán las primeras. Una lectura simple de los artículos referidos revela entonces el carácter vinculante y preponderante que pueden llegar a tener las resoluciones del CS. Sin embargo, aplicando los criterios reseñados en el párrafo anterior tendría que concluirse que esta regla, que concede supremacía a las resoluciones del CS, solo es aplicable cuando estas se encuentren dentro de los límites que le confiere la CNU.

Dicho sea de otro modo, por más amplias que parezcan las facultades otorgadas al CS mediante los artículos 24 y 25 de la CNU y pese a que gozan de primacía sobre cualquier otra obligación adquirida por un EMNU mediante otro convenio internacional, el Consejo no puede actuar al margen de los límites que le impone la propia CNU y las normas imperativas del Derecho Internacional. Sería contrario a la lógica jurídica el pretender que un organismo creado mediante un tratado se encuentre exento de límites y, que sus competencias, por más vastas que pudieran ser, estén indeterminadas. Tal afirmación, encuentra sustento en la sentencia relativa al caso *Tadic* en donde al tener que pronunciarse sobre la competencia del CS para crear al Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), la Sala de Apelaciones de dicho órgano jurisdiccional interpretando el artículo 39 de la CNU dictaminó:

It is clear from this text that the Security Council plays a pivotal role and exercises a very wide discretion under this Article. But this does not mean that its powers are unlimited. The Security Council is an organ of an international organization, established by a treaty which serves as a constitutional framework for that organization. The Security Council is thus subjected to certain

*constitutional limitations, however broad its powers under the constitution may be. Those powers cannot, in any case, go beyond the limits of the jurisdiction of the Organization at large, not to mention other specific limitations or those which may derive from the internal division of power within the Organization. In any case, neither the text nor the spirit of the Charter conceives of the Security Council as legibus solutus (unbound by law)*²⁵⁵.

De tal forma, aunque pudiera llegar a argüirse que bastaría con remitirse al artículo 25 de la CNU para justificar prácticamente cualquier originalidad creativa del CS, los límites a los que se alude en la disposición anterior, así como la correcta interpretación de dicha previsión, lo prevendrían. De otra manera, carecería de sentido lo dispuesto en el artículo 24(2) en cuanto a que: “Los poderes otorgados al Consejo de Seguridad para el desempeño de dichas funciones quedan definidos en los Capítulos VI, VII, VII y XII”, debido a que estas disposiciones específicas son regulatorias de los poderes generales otorgados al CS mediante los artículos 24 y 25. Consecuentemente, no puede considerarse que el artículo 25 pueda ser aplicado irrestrictamente para que el CS imponga obligaciones vinculantes a los EMNU.

El CS actúa bajo el Capítulo VII cuando se ha producido una amenaza o quebrantamiento a la paz o un acto de agresión. Las determinaciones del Consejo al amparo de las previsiones contenidas en dicho capítulo son de carácter político, no jurídicas. En otras palabras, interesa mantener o reestablecer la paz y no determinar cómo lo haría un tribunal, si existen o no comportamientos contrarios a Derecho Internacional. Empero, aunque a primera vista pudiera parecerlo así, sus poderes no son absolutos y como los de cualquier organismo internacional tienen que provenir del instrumento constitutivo que los crea ya sea expresa o implícitamente²⁵⁶.

De acuerdo con el artículo 39 de la CNU, para poder ejercer la acción en caso de amenaza a la paz, quebrantamiento a la paz o actos de agresión, el CS determinará la existencia de cualquiera de estos tres presupuestos. Aunque se considera que no es necesario el requisito formal de que el Consejo exprese en sus resoluciones la existencia de cualquiera de estas tres hipótesis, es imperativo que la determinación exista, si bien

²⁵⁵ IT-94-AR72, Prosecutor v Dusko Tadić a/k/a/ “Dule”, ICTY Appeals Chamber, Interlocutory Judgment on Jurisdiction of 2 October 1995, 28.

²⁵⁶ J.A. Frowein & N. Krisch, “Action with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression”, en Brunno Simma (editor), *The Charter of the United Nations a Commentary*, (Nueva York: Oxford University Press, 2010), pp. 702-710.

implícitamente. La Carta no define ninguna de estas tres figuras, por lo que, en su establecimiento, el CS goza de un gran poder discrecional. Dicha discrecionalidad, se percibe con mayor fuerza en el caso de la amenaza a la paz, un concepto que, por ser tan amplio, puede abarcar una vasta variedad de comportamientos por parte de los Estados²⁵⁷. Existiendo una de las tres situaciones listadas, a fin de mantener o reestablecer la paz y seguridad internacionales, el CS puede solicitar a las partes el cumplimiento de medidas provisionales en virtud artículo 40 de la Carta, imponer o recomendar medidas que no impliquen el uso de la fuerza acordes con artículo 41 o bien, con base al artículo 42 y subsiguientes, tomar las acciones que considere necesarias por medio del uso de fuerzas aéreas, navales o terrestres.

El artículo 40 prescribe que “[a] fin de evitar que la situación se agrave, el Consejo de Seguridad, antes de hacer las recomendaciones o decidir las medidas de que trata el artículo 39, podrá instar a las partes a que cumplan con las medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables. Dichas medidas provisionales no perjudicarán los derechos, las reclamaciones o la posición de las partes interesadas”. Del extracto anterior se desprende que las medidas a las que hace referencia este artículo no son vinculantes para los EMNU aun y cuando el propio artículo establezca que “[e]l Consejo de Seguridad tomará debida nota del incumplimiento de dichas medidas provisionales”. Además, las medidas contempladas en el citado numeral pueden calificarse de cautelares²⁵⁸ en tanto que persiguen la finalidad de evitar un mal mayor impidiendo que escale una situación concreta. En caso de considerarlo necesario, el CS podrá imponer medidas vinculantes en virtud del artículo 41. En cuanto a este punto, es importante hacer notar que, aunque la redacción de la CNU parece sugerir un empleo gradual de las acciones que puede realizar el CS en caso de una amenaza o quebrantamiento a la paz, éste no se encuentra constreñido a una aplicación escalonada de los artículos 40, 41 y 42 por lo que habiendo determinado la amenaza puede tomar medidas vinculantes en cualquier momento, sin que sea relevante el que haya tomado medidas cautelares o no.

El artículo 41, establece en cuanto a las medidas que el CS puede emplear para hacer efectivas sus decisiones que estas “podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas,

²⁵⁷ Benedetto Conforti, *Op. Cit.*, p. 173.

²⁵⁸ Norman Bentwich & Andrew Martin, *Op. Cit.*, 91-92.

áreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.” Salta a la vista que todos los elementos contenidos en esta lista constituyen medidas coercitivas. Sin embargo, no puede concluirse de lo anterior que la lista sea exhaustiva. Lo que es más, el artículo 41 ha sido utilizado por el Consejo para la aplicación de medidas atípicas en diversas ocasiones. Al respecto, y sobre la variedad y el alcance que pueden tener las medidas impuestas en virtud de este artículo, parece oportuno considerar lo siguiente:

Article 41 mentions several examples of non-military enforcement measures, but, according to the wording and the history of the provision, this enumeration is not exhaustive. Thus while the complete or partial interruption of economic relations has always been the most important tool under Art. 41, the SC [Security Council] has also employed such atypical measures as legal determinations, the creation of international criminal tribunals, or the establishment of interim administrations of certain territories. In leaving open the range of possible measures, Art. 41 allows for such a broad interpretation. It empowers the SC to take any measure short of the use of force it deems useful for the maintenance of international peace and security as long as it remains within the general framework of Chapter VII powers²⁵⁹.

No obstante, los *travaux préparatoires* de la CNU, particularmente las propuestas de Dumbarton Oaks, sugieren que se pensó en las medidas del artículo 41 como ejecutivas. En este sentido, puede entenderse que fueron concebidas para adoptar la forma de sanciones destinadas a forzar el cumplimiento de aquellos Estados renuentes a aceptar las recomendaciones o acatar las decisiones del CS dirigidas al mantenimiento o restablecimiento de la paz y seguridad internacionales²⁶⁰. De tal manera, aunque ciertamente la escasa práctica del CS durante la guerra fría podría confirmar esta interpretación, las acciones del Órgano a partir de la década de los 1990s sugieren que el artículo 41 –en conjunción con los artículos 25 y 39– posee un alcance tal que habilita al CS no solo a tomar medidas preventivas en vez de reactivas, sino a adoptar toda clase de decisiones innovadoras en el cumplimiento de su misión primordial. Ante este panorama, han generado controversia las acciones cuasi-judiciales y cuasi-legislativas

²⁵⁹ J.A. Frowein & N. Krisch, “Article 41”, *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Op. Cit., p. 740.

²⁶⁰ Leland M. Goodrich, *et. al.*, Op. Cit., pp. 300-302.

del CS. Las primeras, en cuanto a que no solo han sido utilizadas para detener o modificar el comportamiento de algún Estado infractor sino para fincar responsabilidad internacional; las segundas, en cuanto que tampoco modifican de manera reactiva el comportamiento de un Estado transgresor, sino que establecen pautas de conducta generales para la totalidad de EMNU. Esta situación, genera diversas interrogantes entre las que destaca el considerar si es lícito y legítimo que el CS actué en estas capacidades y, de ser así, si siempre estuvo equipado para ejercerlas teniendo como limitante las condiciones socio-políticas de la guerra fría o bien; si sus facultades han evolucionado en reglas de la Organización que le permitan actuar en ese sentido. Con esto en mente, se emprenderá un recorrido por algunas de las acciones más relevantes del CS actuando en virtud del Capítulo VII de la CNU.

4.1.2 De Corea a Sudáfrica: El Exiguo y Errático Inicio de la Práctica del Consejo de Seguridad

Prácticamente desde el inicio de sus labores, tanto la estructura original como el funcionamiento del CS han tenido que adaptarse al devenir de los tiempos. Al poco tiempo de su creación, el Consejo tuvo que enfrentarse a dos hechos históricos no previstos por los fundadores de la ONU. Tales hechos, condicionaron a un segundo plano la aplicación de medidas coercitivas durante un largo tiempo. Primeramente, el desarrollo mismo de la guerra fría hizo del poder de veto una estrategia recurrente por parte de la Unión Soviética dada su constante desventaja numérica tanto en la AGNU como en el propio CS. Segundo, el surgimiento de la bomba atómica obligaba a considerar el que tan efectiva sería la intervención del CS ante posibles ataques nucleares cuya probable ocurrencia instantánea representaba un reto para su funcionamiento. No obstante, aún en sus inicios, los Estados interesados en aplicar las previsiones relativas al Capítulo VII fueron reinterpretando la CNU de manera creativa a fin de superar los obstáculos que representaban su implementación²⁶¹.

Durante su etapa inicial, el CS emitió algunas de sus primeras resoluciones actuando en virtud del Capítulo VII como respuesta a la invasión de Corea del Sur por parte de Corea del Norte en 1950. De este modo, determinó la existencia de un quebrantamiento a la paz al tiempo que recomendaba a los EMNU prestar asistencia a Corea del Sur para repeler la invasión y restaurar la paz en la región. Asimismo, organizó un comando

²⁶¹ Edward. C. Luck, "UN Security Council. Practice and Promise", *Op. Cit.*, pp. 48-49.

unificado bajo la bandera de la ONU para administrar la asistencia a Corea del Sur, mismo al que instó a tomar acciones humanitarias en favor de los civiles afectados por el conflicto. Tales decisiones, hubiesen sido imposibles de adoptar de no ser por el boicot de sesiones que en aquel momento realizaba la Unión Soviética debido a que Taipéi, y no Pekín, ocupaba el asiento permanente correspondiente a China. Posteriormente, ante el regreso de la Unión Soviética al CS, EEUU promovió ante AGNU la adopción de la original pero controvertida resolución 377 (V) “Unidos por la Paz” que fue adoptada el mismo año. Dicha acción, se emprendió como una forma de circundar la parálisis del CS ante la amenaza del veto soviético. No obstante, es generalmente aceptado que, incluso actuando bajo dicha resolución, la AGNU no puede tomar acciones ejecutivas. Por esta razón, dicho instrumento ha servido tanto como un vehículo para externar preocupación por parte de los EMNU que no son Miembros del CS, así como de medio de presión para inducir a aquellos que sí lo son a tomar acción. Con todo, el CS no utilizaría de nuevo medidas de ejecución militares hasta una década después en relación con la Misión de las Naciones Unidas en el Congo. Tras dicho episodio, el Órgano no tomaría acciones militares fundadas en el Capítulo VII de nuevo hasta después del final de la guerra fría²⁶².

Mediante la adopción de la resolución “Unidos por la Paz” se propició la primera gran crisis constitucional en la ONU. Dicha crisis, fue causada por una incursión de la AGNU en los terrenos del CS al ocuparse de asuntos relacionados con el orden internacional en vez de limitarse a lidiar con aquellos más adecuados a su jurisdicción, como pudieran ser aquellos concernientes a la justicia. Desde entonces solo ha ocurrido una crisis constitucional de proporciones similares en la ONU, misma que se vive actualmente en dirección opuesta a la primera. En esta ocasión, ocurre una irrupción del CS en asuntos relacionados con la justicia. Para Kokesnniemi, la crisis contemporánea no obedece tanto al incremento de asuntos *ratione materiae* con los que comenzó a lidiar el CS (como los conflictos internos y problemas de naturaleza social, económica y humanitaria), sino en que, al hacerlo, ha utilizado sus poderes ejecutivos –por medio de la emisión de resoluciones vinculantes, sanciones económicas y acciones militares- para propósitos relacionados con la justicia. Esto, va en contra de la naturaleza del Órgano dado que su misión primordial consiste en mantener la paz y no en cambiar el orden mundial. Con base a tales consideraciones, resulta posible concluir que el concepto de

²⁶² *Ibid.*, pp. 49-51.

“amenaza a la paz” contenido en el artículo 39 de la CNU se ha ensanchado para comprender más de lo que se considera su núcleo duro: la ausencia del uso de la fuerza por parte de un Estado para cambiar el *status quo* territorial. Hoy día, el término se ha vuelto más laxo y engloba todas aquellas condiciones sobre las cuales se asume depende el núcleo duro del concepto de paz²⁶³.

Desde esta perspectiva, se sostiene que actuando en virtud del Capítulo VII, el Consejo se ha ido alejando cada vez más de la concepción tradicional que sobre de él se tenía como un órgano encargado de suprimir amenazas y quebrantamientos concretos de la paz, incluso actos de agresión, para asumir un rol equiparable a una especie de legislatura internacional muy distante de aquel que tenía como policía del mundo. Consecuentemente, en su práctica posterior al fin de la guerra fría, el Consejo ha considerado como amenazas a la paz tanto a los conflictos internos (cuando se extiendan a atrocidades a gran escala lo que produce desplazamientos internos y refugiados en masa), como a la ocurrencia de serias violaciones a los DDHH, entre otras situaciones que difícilmente encajan dentro del rol con el que tradicionalmente se le ha asociado²⁶⁴.

En el contexto descrito, el profesor José Álvarez²⁶⁵ se pregunta: ¿Si el CS puede decidir que cualquier cosa es una amenaza o quebrantamiento a la paz permitiéndole tomar acción legalmente vinculante, está el mundo a nueve votos de distancia de gobernanza por parte del Consejo? El citado autor considera lo anterior como una posibilidad poco factible debido a las divisiones internas del órgano y la inaceptación de tal escenario por parte de los Estados. Sin embargo, advierte en este sentido que, tras el fin de la guerra fría, las acciones del Consejo no han dejado de presentar desafíos a los conceptos nucleares asociados con la noción de soberanía. Con todo, las consideraciones anteriores resultan esclarecedoras en cuanto a la preocupación por encontrar límites a las acciones del CS, en particular, a su discreción a la hora de hacer una determinación en virtud del artículo 39 de la CNU. Por otro lado, es preciso considerar también la posibilidad de que el Consejo estuviese investido desde su origen con una discreción tal para determinar una amenaza a la paz que contemplase la amplitud de situaciones con las que hoy en día se le asocia. En este sentido, parece

²⁶³ Martti Koskenniemi, “The Police in the Temple. Order, Justice and the UN: A Dialectical View”, *Op. Cit.*, p. 341.

²⁶⁴ Mónica Lourdes de la Serna Galván, *Op. Cit.*, p. 159.

²⁶⁵ José E. Álvarez, *International Organizations as Law-makers*, *Op. Cit.*, pp. 65-74.

paradójico encontrar que, pese a las preocupaciones mostradas por algunos autores sobre los significativos cambios en las acciones del CS tras el fin de la guerra fría, su práctica durante esta época tampoco se revela cien por ciento consistente con determinaciones de amenazas a la paz en el sentido negativo del término.

Una de las primeras ocasiones en que el CS tomó medidas de coercitivas contra un EMNU en virtud del Capítulo VII de la CNU fue en el caso relativo a Sudáfrica. Desde 1960, había realizado insinuaciones en el sentido de que las consecuencias del régimen de *apartheid* sudafricano constituían un riesgo para la paz y seguridad internacionales. Asimismo, había instado a los EMNU a realizar un embargo armamentista voluntario en contra de Sudáfrica. Sin embargo, no fue sino hasta 1977 mediante la resolución 418 (1977)²⁶⁶, que el Consejo dejó atrás su renuencia a realizar una determinación en virtud del artículo 39 y adoptó medidas de ejecución fundadas en el artículo 41 de la CNU consistentes en un embargo armamentista obligatorio. Ahora bien, sobre la resolución aludida, vale la pena comentar que, si bien en el preámbulo de la misma el CS condenó enérgicamente al Gobierno de Sudáfrica por su desafiante mantenimiento del sistema de *apartheid*, no fue esta situación, sino la adquisición por parte de éste de armas y material conexas, lo que el Consejo determinó como una amenaza a la paz y seguridad internacionales²⁶⁷.

De forma similar, el caso relativo a Rodesia del Sur –primero en el que el CS utilizó las previsiones tocantes a sanciones contenidas en el Capítulo VII de la CNU–, revela una aproximación cautelosa del Órgano ante una problemática que finalmente no sería, en *strictu sensu*, la que daría origen a una determinación de amenaza a la paz y seguridad internacionales. Ante la búsqueda de independencia por parte la minoría blanca que ocupaba el territorio de Rodesia del Sur (hoy día Zimbabwe) tras la disolución de la Federación de Nyasalandia (compuesta por Rodesia del Norte, Nyasalandia y Rodesia del Sur, disuelta en 1963 y perteneciente al Reino Unido), misma que buscaba implementar un régimen de *apartheid*, el CS condenó la declaración unilateral de independencia por parte de la minoría racial al tiempo que instó a los EMNU a no prestar asistencia de ningún tipo al régimen ilegal en Rodesia del Sur. No obstante, no

²⁶⁶ Resolución 418 (1977) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 4 de noviembre de 1977.

²⁶⁷ David Schweigman, *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter: Legal Limits and the Role of the International Court of Justice*, (La Haya: Kluwer Law International, 2001), pp. 52-55.

fue sino hasta la emisión de la resolución 221 (1966)²⁶⁸, cuando el CS determinó expresamente la existencia de una amenaza a la paz en relación con el asunto en comento²⁶⁹.

Mediante la resolución aludida, el CS expresó su preocupación en cuanto a la posible llegada de suministros de petróleo a Beira en Mozambique, situación que permitiría trasladar dicho combustible a Rodesia del Sur y, por lo tanto, prolongar la existencia de un régimen que el propio Consejo ya había calificado de ilegal. Fue entonces este hecho específico, el que el Consejo calificó como una amenaza a la paz. Consecuentemente, mediante la misma resolución, solicitó al gobierno de Portugal no permitir la llegada del petróleo destinado para Rodesia del Sur al puerto de Beira y, en su caso, no permitir que dicho petróleo fuese transportado mediante oleoducto. Asimismo, autorizó al Reino Unido para impedir, incluso por medio de la fuerza, la llegada de buques a Beira que razonablemente se pudiera creer transportaran petróleo destinado a Rodesia del Sur. Meses después, a través de la resolución 232 (1966)²⁷⁰, el CS, actuando explícitamente en virtud de los artículos 39 y 41 de la CNU, determinó que la situación en Rodesia del Sur constituía una amenaza a la paz y seguridad internacionales. Ante tal determinación, aplicó por primera vez en la historia sanciones económicas obligatorias acorde con el artículo 41 de la CNU en la forma de un embargo económico y militar contra Rodesia del Sur.

Como puede apreciarse, ninguno de los dos conflictos referidos puede ubicarse dentro del rubro perteneciente a los conflictos interestatales como es el caso del asunto relativo a la invasión de Corea del Sur. Incluso, pudiera argumentarse que, por tratarse de cuestiones concernientes a la forma de gobierno, estos, pudieran calificarse como cuestiones exclusivas a la jurisdicción interna de los Estados²⁷¹. Desde esta óptica, pudiera parecer que incluso durante sus primeras acciones ejecutivas en virtud del Capítulo VII de la CNU, el CS realizó determinaciones de amenazas a la paz valiéndose de una concepción positiva de esta. Tal línea de pensamiento, desafía la creencia de que el concepto de amenaza a la paz se ha ido ensanchando con el final de la guerra fría o,

²⁶⁸ Resolución 221 (1966) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 9 de abril de 1966.

²⁶⁹ David Schweigman, *Op. Cit.*, pp. 57-60.

²⁷⁰ Resolución 232 (1966) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 16 de diciembre de 1966.

²⁷¹ Situación que de hecho sucedió puesto que Sudáfrica constantemente mantuvo que sus políticas eran cuestiones domésticas sobre las que la ONU no tenía competencia mientras que, en el asunto relativo a Rodesia del Sur, el Reino Unido argumentó que la situación concerniente a su antigua colonia debía de ser considerada como perteneciente a su jurisdicción interna, véase: David Schweigman, *Op. Cit.*, pp. 52-58.

incluso, de que se haya ensanchado en lo absoluto. Asimismo, la clara ausencia de un conflicto interestatal en las determinaciones de amenaza a la paz sucedidas durante la guerra fría, obligan a reflexionar sobre el alcance inicial de las facultades con las que fue investido el CS, en el sentido de que pudiera considerarse que éstas no se han expandido, sino que, por el contrario, fueron concebidas desde la conformación del Órgano con una amplitud tal que permiten a este operar de la manera en que lo ha venido haciendo a partir de los 1990s.

Erika de Wet²⁷², explica como algunos autores han intentado sostener esta concepción de paz positiva mediante una interpretación teleológica de la CNU. En este sentido, una expansión limitada de los poderes del CS para lidiar con asuntos de mayor amplitud que aquellos circunscritos a conflictos interestatales estaría justificada en cuanto que uno de los fines últimos de la CNU consiste precisamente en evitar el sufrimiento humano extremo. Bajo esta perspectiva, el CS estaría entonces equipado para lidiar con situaciones que –como los regímenes discriminatorios de Sudáfrica y Rodesia del Sur-, además de causar sufrimiento humano extremo, violasen obligaciones *erga omnes*. No obstante, la citada autora explica como aún en este contexto es posible mantener la concepción de amenaza a la paz ceñida a un contenido negativo. La idea consiste en que, en este tipo de casos, el CS estaría facultado para actuar no tanto con base a las violaciones de obligaciones *erga omnes per se*, sino más bien en atención a las posibles consecuencias o efectos derrame que su ocurrencia pudiera generar, mismas que a su vez pudieran quebrantar la ausencia de conflictos interestatales. Entre tales consecuencias, por citar alguna, es posible mencionar la desestabilización regional que pudiese ocurrir por flujos de refugiados huyendo de violaciones masivas a los DDHH dentro de sus Estados de origen. Aunque la citada académica reconoce que de acuerdo a este planteamiento se reduciría el cese del sufrimiento humano extremo a un fin accesorio para lograr una meta final, a saber, la ausencia de conflictos interestatales, considera esta premisa como indispensable debido a la importancia que atribuye al mantenimiento del vínculo entre paz y ausencia de un conflicto armado internacional.

Se advierte, que una vez disuelto el vínculo entre paz y ausencia de un conflicto armado internacional, se corre el riesgo de una total erosión de la CNU que conllevaría a la posesión de una discreción totalmente ilimitada por parte del CS para determinar amenazas a la paz en virtud del artículo 39. Tal eventualidad, terminaría convirtiendo al

²⁷² Erika De Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Op. Cit., pp. 141-143.

CS en una suerte de gobierno mundial, situación que ciertamente jamás fue contemplada en la redacción de la Carta de San Francisco. Aunado a lo anterior, preocupa que una ocurrencia tal devengaría las acciones del Consejo como injustificables, es decir, por encima de cualquier tipo de revisión judicial. No obstante, pareciera que, por lo menos en relación con la práctica del Consejo durante la guerra fría, el supuesto descrito no se hizo presente. En este sentido, se observa que desde que el CS determinó en 1965 que la declaración unilateral de independencia por parte de Rodesia del Sur constituía una amenaza a la paz, éste, ha utilizado una “doble estrategia” al realizar sus determinaciones en virtud del artículo 39 de la CNU. Dicha estrategia, se explica en función de que, aunque ciertamente las políticas raciales de Rodesia del Sur motivaron la determinación, al final, la amenaza a la paz se vinculó específicamente a las tensiones volátiles internacionales generadas en la región a raíz de dicho acontecimiento. De forma similar, en el caso de Sudáfrica, aunque las políticas de *apartheid* representaron una preocupación para el CS, finalmente fueron las acciones armamentistas sudafricanas las que motivaron la determinación de una amenaza a la paz²⁷³.

De tal manera, se encuentra que la línea entre lo que constituye un conflicto interno y uno de dimensiones internacionales emergió de forma difuminada en la práctica del CS incluso durante sus primeras intervenciones en virtud del Capítulo VII. Dicho sea de otro modo, la concepción antes relatada en la que el CS tradicionalmente ha actuado en la dimisión de conflictos armados interestatales parece un poco apresurada puesto que como demuestran los casos de Sudáfrica y Rodesia del Sur, el CS ha tomado decisiones vinculantes aún en ausencia de tales conflictos. No obstante, se juzga que resulta enteramente posible identificar en estos casos elementos que en su momento permitieron inferir posibles incrementos de tensiones en dichos trances que finalmente hubiesen escalado a proporciones internacionales. Este argumento, pudiera ser utilizado para justificar la autorización expresa contenida en el artículo 2(7) de la CNU relativa a la utilización de medidas coercitivas en virtud del Capítulo VII de la CNU incluso en asuntos considerados como esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados y, por tanto, el amplio rango de asuntos en los que puede intervenir el CS.

²⁷³ *Ibid.*, pp. 142-151.

Por su parte, Kenneth Manusama²⁷⁴ aborda la referida problemática no en términos operativos del artículo 39 de la CNU, sino en términos de jurisdicción. Señala, que pese a que la claridad del lenguaje utilizado en la CNU al establecer que el mandato del CS consiste en mantener la paz y seguridad internacionales ha generado suposiciones en el sentido de que dichas situaciones deben involucrar la participación de dos o más Estados implicados o, a punto de involucrarse en un conflicto armado; la idea de que el CS puede actuar en situaciones domésticas ha sido aceptada tan temprano como desde el año de 1946, cuando un comité determinó que la naturaleza del régimen dictatorial de Francisco Franco amenazaba la paz internacional. No obstante, en relación con la práctica del CS con anterioridad a la década de los 1990s, se advierte que efectivamente este se ha abstenido de involucrarse en asuntos sustancialmente internos que carecieran de, o pudieran llegar a tener, claras repercusiones internacionales²⁷⁵. Este planeamiento coincide con la tesis de la “doble estrategia” concebida por Erika De Wet en cuanto a que previene la incursión del CS en cualquier tipo de asunto y circunscribe sus actos a los límites estructurales contenidos en el lenguaje de la CNU.

A través del análisis de los casos relativos a Rodesia del Sur, Sudáfrica y el Congo²⁷⁶, Manusama²⁷⁷ concluye que en su práctica anterior a la década de los 1990s, el CS actuó no solo justificando sus determinaciones de amenaza a la paz en la posibilidad de que determinados conflictos internos pudiesen adquirir dimensiones internacionales, sino además, tomando en cuenta para tales efectos la aplicación a dichos conflictos de ciertos principios de Derecho Internacional, tales como el relativo a la jurisdicción interna de los Estados, el Principio de Libre Determinación de los Pueblos, así como otros derechos fundamentales. De tal manera, la tesis de Manusama sirve para reafirmar la idea de que la aplicación de la doble estrategia, si bien de forma restringida, muestra límites claros a las facultades del CS para determinar la existencia de amenazas a la paz y, además, a la posible implementación de medidas coercitivas en virtud del artículo 41 de la CNU. Finalmente, pareciera que por lo menos en sus quehaceres durante la época de la guerra fría, el CS se apegó a una concepción de paz vinculada todavía –si bien de

²⁷⁴ Kenneth Manusama, *Op. Cit.*, pp. 56-57.

²⁷⁵ Para una lista completa de conflictos en los que el CS se abstuvo de tomar acción durante la guerra fría debido a que los consideró como de naturaleza interna véase, *Ibid.*, p. 57.

²⁷⁶ Mediante la resolución 161 (1969) el CS determinó a la guerra civil en el Congo como una amenaza a la paz y seguridad internacionales, véase, Resolución 161 (1999) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 21 de febrero de 1961.

²⁷⁷ Kenneth Manusama, *Op. Cit.*, pp. 58-59.

manera tenue- a la ausencia de conflictos interestatales, manteniendo de esta forma sus acciones dentro los límites de legalidad prescritos por la CNU.

A la fecha, el CS continúa aplicando la doble estrategia al momento de realizar determinaciones sobre hechos constitutivos de amenaza a la paz. Mediante el empleo de dicha técnica, se posibilita el despliegue de los poderes del CS de una forma no expresamente contemplada en la CNU, pero que, aparentemente, se justifica mediante una aplicación adecuada de la doctrina de los poderes implícitos. En este sentido, se juzga que no puede reprocharse al CS el uso de los poderes de carácter ejecutivo que ostenta en virtud del Capítulo VII de la CNU para prevenir la escalada de una situación con dimensiones aparentemente internas cuyos efectos son susceptibles de propiciar el rompimiento de hostilidades a una escala internacional. Sin embargo, el análisis de la práctica del CS durante la década de los 1990s, revelará que, en algunas ocasiones, no resulta tan sencillo identificar el vínculo entre paz y ausencia de conflictos que justifica el empleo de la doble estrategia. En su ausencia, podría considerarse que el CS ha extendido la noción de amenaza a la paz comprendida en el artículo 39 de la CNU, de forma tal que le permite abordar situaciones que no fueron contempladas en dicho instrumento. De ser el caso, podría considerarse, en conjunción con diversos factores, que el CS ha comenzado a legislar.

Se considera, que esto es precisamente lo que ha ocurrido con respecto a la emisión de las resoluciones legislativas del CS en el ámbito de la lucha contra el terrorismo. Ciertamente, puede considerarse la posibilidad de que la actividad terrorista a nivel global sea susceptible de propiciar efectos derrame capaces de perturbar la paz internacional, entendida como la ausencia de un conflicto armado entre Estados. No obstante, la generalidad que caracteriza a los regímenes de sanciones antiterroristas del CS, por medio de los cuales se intenta prevenir y erradicar todo acto terrorista, al margen de que estos pudiesen propiciar un conflicto entre naciones, obliga a considerar que efectivamente, el Órgano ya no opera únicamente en dicha capacidad, sino que, ahora, aborda amenazas de índole diversa por medio de resoluciones prospectivas que bien pueden caracterizarse como legislativas. Por tal motivo, previo al análisis de la práctica del CS durante su denominado periodo efervescente, se dedicará un espacio a escudriñar con mayor detalle la posibilidad de extrapolar el acto legislativo al plano internacional de forma tal que permita esclarecer si, efectivamente, el producto final de la expansión competencial del CS es la legislación internacional.

4.2 El Trasplante del Acto Legislativo al Plano Normativo Internacional

En la medida en que la sociedad internacional fue requiriendo de regulación expedita a fin de hacer frente a asuntos que demandasen soluciones rápidas y calculadas, la celebración de tratados internacionales, el único medio disponible para los Estados dentro de un sistema político-jurídico descentralizado, fue ganando terreno como medio regulatorio a la costumbre internacional. De tal manera, el considerable incremento y la paralela intensificación en las relaciones internacionales producto de todo tipo de cambios en los ámbitos científicos, económicos y tecnológicos suscitados durante los Siglos XIX y XX, propiciaron junto a la necesidad de regular internacionalmente una multiplicidad de asuntos en aras al interés común, el requerimiento de adaptar periódicamente las reglas internacionales en función de los constantes cambios producto de la exigencia de los tiempos. En este proceso, la OI cumplieron una función parcialmente institutiva facilitando la rápida creación y modificación de normas internacionales al fungir como foros de la actividad normativa de los Estados. No obstante, no es sino hasta el momento en que se faculta a algún organismo internacional para adoptar y revisar las reglas que habrían de regir a los Estados sin menester de ser subsecuentemente aceptadas por estos, es decir, cuando se invistió a determinado organismo con el poder de *legislar*, que puede hablarse de una transformación radical en las estructuras de producción normativa del Derecho Internacional²⁷⁸.

Como se ha referido, Skubizewski²⁷⁹ ha utilizado el término “legislación internacional” desde los 1960s para referirse a la promulgación por parte de organismos internacionales de reglas de conducta generales y vinculantes. No obstante, parece pertinente ahondar en el análisis de los procesos seguidos para la celebración de dichos actos, en el sentido de que se juzga que la categorización de los mismos es una cuestión que aún está por definirse. En este contexto, Danilenko²⁸⁰, considera que aunque los nuevos mecanismos de creación normativa –aquellos en los que organismos internacionales pueden adoptar reglas generales y vinculantes sin el consentimiento expreso de cada Estado afectado- han suscitado cuestionamientos sobre el surgimiento de una nueva fuente de obligaciones internacionales –a la que pudiera calificarse de

²⁷⁸ Edward Yemin, *Op. Cit.*, pp. 1-2.

²⁷⁹ *Supra* nota 105.

²⁸⁰ Danilenko, *Op. Cit.*, p. 192.

legislación-, dichos mecanismos, difícilmente califican como nuevas fuentes formales de Derecho Internacional General con existencia independiente respecto de regímenes convencionales específicos. Sin embargo, tal y como señalan Boyle y Chinkin²⁸¹, incluso desde las filas positivistas del Derecho Internacional –aquéllas que buscan la identificación de la norma mediante una estricta adherencia a las fuentes formales reconocidas- han surgido posturas “iluminadas” que, de manera flexible, reconocen cambios en los patrones de comportamiento de los Estados, así como métodos más amplios en la determinación del consentimiento estatal y en aquello que constituye evidencia del mismo.

La creciente diversificación en el desarrollo de vías de regulación internacionales ha contribuido a la popularización de corrientes comunitaristas dentro del estudio del Derecho Internacional que, como el DAG y el constitucionalismo internacional, intentan acomodar dichas vías mediante esquemas que apuntan hacia una centralización normativa que hoy permite hablar de la posible emergencia de legislaturas internacionales. Con el fin de determinar qué tan adecuado resulta hablar de la aparición o posible surgimiento de leyes en el ámbito internacional, habrá de realizarse un comparativo entre lo que se considera un acto legislativo en el plano doméstico y, aquellos actos de organismos internacionales conceptuados por algunos autores como actos legislativos internacionales. Para tales efectos, habremos de restringirnos al examen de la práctica del CS. En este sentido, se coincide con los ya citados Boyle y Chinkin²⁸² cuando señalan, que, en relación al tema de la evolución de las instituciones ocupadas de la producción normativa del Derecho Internacional, ningún desarrollo ha sido tan importante como la emersión del CS en forma de una significativa legislatura internacional.

Al emprender la mencionada comparación, debe tomarse en cuenta la opinión del profesor José Álvarez²⁸³ cuando advierte sobre los peligros en los que puede incurrirse al asimilar las estructuras burocráticas de las OI o sus actividades con aquellas correspondientes a los Estados-nación. El prestigiado académico, denuncia la superficialidad de dichas analogías y sugiere cautela en su uso, debido a que las OI no fueron creadas con el fin de ser Estados embrionarios o gobiernos en desarrollo. Por el

²⁸¹ Alan Boyle & Christine Chinkin, *The Making of International Law*, (Nueva York: Oxford University Press 2007), p. 12.

²⁸² *Ibid.*, p. 102.

²⁸³ José E. Álvarez, *International Organizations as Law-makers*, *Op. Cit.*, pp. 16.

contrario, dichas instituciones fueron establecidas para propósitos limitados, específicamente; el facilitar la creación de determinados tratados, ser foros de debate, hacer recomendaciones a los Estados, y, en su caso, constituir avenidas para la resolución de conflictos internacionales. Es por ello, que sus poderes son de naturaleza limitada y siendo que los mismos son delegados por los Estados, carecen de soberanía plena como sujetos de Derecho Internacional.

No obstante, el propio Alvarez²⁸⁴ reconoce que, aunque ni siquiera en conjunto pudiese considerarse a las OI como autoridades supra-gubernamentales o como una especie de gobierno mundial al cual los Estados han cedido sus poderes soberanos para formar una comunidad internacional, las analogías relativas a la gobernanza doméstica son ineludibles. Añade, que en la actualidad resulta imposible hablar de un sistema internacional consistente únicamente de naciones completamente autónomas capaces de perseguir sus intereses en total libertad. En este sentido, se coincide con el citado autor cuando afirma que a través de su actuar colectivo, las OI han contribuido a moldear el concepto de soberanía. Habiendo precisado lo anterior, es posible realizar un comparativo que contribuya a dilucidar por qué resulta tan atractivo hablar del surgimiento de procesos internacionales equiparables a la legislación.

Valiéndonos de la definición ofrecida por el célebre jurista Luis Recasens Siches, podemos definir a la ley en *lato sensu* como “toda disposición de carácter general, escrita, que es dictada por una autoridad competente del poder estatal o público”²⁸⁵. De esta concepción, puede identificarse tanto el carácter general de la ley como elemento esencial de la misma, así como su indispensable circunscripción a algún sistema jurídico doméstico en cuanto a que tiene que ser erigida por una autoridad pública. Además, se observa una clara distinción entre el sujeto habilitado para formular la ley, en este caso destacando su carácter de *autoridad*, y aquellos sujetos a quienes esta va dirigida. *Prima facie*, esto resulta indicativo del carácter unilateral del acto legislativo.

En sentido estricto, Jaime Cárdenas Gracia define a la ley como “la norma jurídica aprobada por el poder legislativo”²⁸⁶. El citado autor, explica que, aunque históricamente las leyes se han caracterizado por tener forma de preceptos escritos, no es la expresión escrita de éstas lo que les confiere el carácter de ley, puesto que pueden

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 74.

²⁸⁵ Luis Recasens Siches, *Introducción al Estudio del Derecho*, (México D.F.: Porrúa, 1997), p. 173.

²⁸⁶ Jaime Cárdenas Gracia, *Introducción al Estudio del Derecho*. (Colección Cultura Jurídica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México: México D.F., 2010), p. 169.

existir costumbres que se recogen por escrito y no tienen dicho carácter. Es, más bien, el hecho de haber sido *creada* por el poder legislativo lo que finalmente determina el que una norma sea una ley. En este sentido, Cárdenas Gracia distingue entre leyes y costumbres especificando que estas últimas son una fuente de Derecho “hallada”, mientras que las primeras son una fuente “creada”²⁸⁷. De tal forma, puede observarse como en ambas definiciones presentadas, el elemento más importante para que una norma sea considerada como ley es el origen formal de la misma. Esto, basta solamente para identificar que debe existir un órgano facultado para la creación de las leyes, pero poco dice acerca de las características que deben revestir dichas leyes.

Para Joseph Raz²⁸⁸, las tres características más importantes de la ley son la institucionalización, la coercibilidad y la normatividad. De acuerdo con Raz, se sugiere que la ley es normativa en cuanto a que es capaz de guiar el comportamiento humano. Asimismo, se entiende que la ley puede dirigir el comportamiento humano de dos formas. La primera, sería afectando las consecuencias de cierta pauta de comportamiento de manera que constituya una razón estándar para evitar dicha conducta y, la segunda, afectando las consecuencias de cierto patrón de conducta de modo que constituya una razón para perseguir o evitar dicha conducta. En cuanto a la segunda de las características referidas, la institucionalización, es posible asociarla con la formalidad del acto legislativo, misma que tiene como propósito limitar el proceso legislativo. Finalmente, en cuanto al carácter coercitivo de la ley, puede considerarse implícito en la definición ofrecida por Jaime Cárdenas Gracia²⁸⁹, en cuanto a que especifica que las leyes son “normas jurídicas”, circunstancia que implica su condición coercitiva. Con todo, no está de más recalcar que la coercibilidad de las normas jurídicas radica en la posibilidad de forzar su cumplimiento por medio de la coacción del Estado²⁹⁰.

Combinando las definiciones reseñadas, puede concluirse parcialmente que las leyes son normas de carácter general y coercitivo. Además, son creadas por un órgano del poder público, específicamente una legislatura, mediante un acto unilateral institucionalizado al que se denomina “acto legislativo”. De acuerdo con los elementos

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ Joseph Raz, *The Concept of a Legal System. An introduction to the Theory of a Legal System*, Segunda Edición, (Oxford: Oxford University Press, 1980), pp. 167-168.

²⁸⁹ *Supra* nota 286.

²⁹⁰ Eduardo García Maynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, (México D.F: Editorial Porrúa, 2009), pp. 21-22.

identificados, la equiparación del acto legislativo con algunos actos regulatorios de las OI parece fútil. Después de todo, a través del estudio realizado en la primera parte del presente trabajo, se ha establecido con claridad suficiente la ausencia de un organismo internacional expresamente facultado por un poder público centralizado para ejercer poderes legislativos. Este solo hecho, podría por sí mismo anular completamente toda posibilidad de existencia de un acto legislativo internacional. No obstante, se razona que considerar el surgimiento de dicha figura en el plano internacional implica una aproximación a esta problemática desde una perspectiva ajena a la de los sistemas jurídicos estatales. Dicho sea de otro modo, de existir un acto legislativo internacional, este no podría ser idéntico al existente en el plano doméstico, sino que tendría que obedecer a las características particulares de la sociedad y el sistema jurídico internacional. De tal suerte, se juzga preciso reconocer estas limitantes conceptuales y establecer, que más que lograr una equiparación de las figuras en comento, se aspira analizar el posible surgimiento de un nuevo mecanismo de producción normativa en el Derecho Internacional con características *trasplantables* de lo que en los sistemas jurídicos internos constituye legislación.

De tal manera, incluso dando por sentada la inexistencia de una legislatura internacional, no puede excluirse sin mayor consideración la posibilidad de que algunos actos de las OI hayan evolucionado de manera tal que pueda considerarse que poseen *características legislativas*. Inclusive, a través de un análisis de los elementos formales y materiales tanto de la ley como del acto legislativo, pudiera llegarse a la conclusión de que existen componentes suficientes en los actos de algunas OI como para poder afirmar que estas se encuentran legislando *de facto*. Entonces, es preciso notar, que al considerar la emergencia del acto legislativo internacional se estaría hablando de una especie de legislación embrionaria que de ninguna manera pudiera tener el grado de institucionalización que posee el acto legislativo doméstico. En apoyo a esta idea, es posible aludir a la obra de Hayek²⁹¹, quien explica como desde los sistemas de organización social más ancestrales, la ley se consideraba como algo preestablecido, anterior a los jefes tribales y, por ende, estos tenían la función de aplicar normas ya existentes que se habían creado mediante procesos consuetudinarios. Incluso, comenta sobre como los primeros “legisladores” —entre los que menciona a Hammurabi y los autores de las Doce Tablas Romanas- no tenían la intención de crear nuevas leyes, sino

²⁹¹ F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy, Volume I Rules and Order*, (Londres: Routledge, 1982), pp. 76-84.

meramente de declarar lo que era y, lo que siempre había sido la ley. Según Hayek, la legislatura moderna se desarrolla a partir del Siglo XII cuando, por medio del absolutismo, los gobernantes adquieren la capacidad de hacer reglas nuevas según su voluntad.

En este sentido, pudiera sugerirse que el momento histórico-político en el que se desenvuelve el CS –sin llegar a asemejar al primero con el absolutismo ni al segundo con los monarcas absolutistas- le ha permitido ejercer sus competencias de modo expansivo para realizar actos que, basados en normas existentes, específicamente la CNU y el Derecho Internacional general, poseen características legislativas. Después de todo, existen visiones como la de Martín Ortega²⁹², que consideran que, pese a que en principio el CS no está diseñado para dictar normas, este, ha venido desempeñando tímidamente una función cuasi-legislativa desde el comienzo de su existencia. En lo particular, se considera dicha postura como excesiva, aunque se juzga que gran parte de la actividad realizada por el CS a lo largo de su historia, ha generado repercusiones normativas susceptibles de impactar el desarrollo de ciertas áreas del Derecho Internacional. Con todo, el citado autor advierte que, no obstante a que la competencia del CS se describe en relación al fin de mantener la paz, los medios previstos en la CNU –en especial los del Capítulo VII- no se asemejan a la producción de normas generales. Ortega, entiende que el CS ejerce funciones de esta naturaleza debido a dos factores: primero, dicta normas de comportamiento de alcance general en el sentido de que no se refieren a un destinatario ni a una situación concreta y, segundo; dichas normas tienen cierta vocación de permanencia en el tiempo por lo que pueden regular situaciones futuras.

José Álvarez²⁹³, considera que con el fin de la guerra fría se despertó el potencial legislativo del CS, postura que, en conjunto con la de Ortega, permite reflexionar sobre un posible desarrollo de las funciones cuasi-legislativas del CS que llevaría a algunos de sus actos a una mayor proximidad con el acto legislativo. Álvarez, comenta sobre algunas de las funciones expansivas (en el sentido de que no están expresamente contempladas en la CNU) desempeñadas por el CS en las cuales es posible identificar, si bien de forma tangencial, características legislativas. Entre estas acciones, señala por ejemplo la interpretación de la ley por parte del CS por la vía de declaraciones

²⁹² Martín C. Ortega, *Hacia un Gobierno Mundial. Las Nuevas Funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, (Salamanca: Editorial Hespérides, 1995), pp. 108-109.

²⁹³ Jose E. Álvarez, *International Organizations as Law-makers*, *Op. Cit.*, pp. 186-190.

presidenciales o bien a través de la emisión de resoluciones. Si bien sería desacertado equipar este tipo de acciones con la figura del precedente, parece válida la posición del citado comentarista en cuanto que tales actos pueden llegar a producir efectos normativos debido a la gran influencia que posee el CS en la arena internacional. A este tipo de acción, se añaden las determinaciones de legalidad que en ocasiones realiza el CS sin que dicha facultad esté contenida en la CNU (como en los casos ya analizados de Sudáfrica y Rodesia del Sur). Tales determinaciones, han adquirido autoridad debido a la buena fe de los internacionalistas que esperan que las decisiones del Consejo se realicen con apego a derecho. Para el citado autor, ésta pudiera ser considerada como una función declarativa del Órgano, misma que califica de creativa en cuanto los efectos normativos que puede llegar a tener.

Así las cosas, la presencia de actos con efectos normativos o cuasi-legislativos realizado por el CS obliga a considerar la posibilidad de que algunas de estas acciones hayan adquirido ya características legislativas. En este sentido, parece interesante explorar la posibilidad de que el sistema jurídico internacional se encuentre en una coyuntura evolutiva con respecto a la legislación doméstica como aquella descrita por Hayek, en donde una particular combinación de los amplios poderes que posee el CS y las circunstancias sociopolíticas del momento, estén dando lugar al surgimiento de un nuevo mecanismo de producción normativa a nivel internacional. Con lo anterior en mente, parece adecuado realizar un análisis tanto a nivel formal como material de lo que implica la realización de un acto legislativo. Con este fin, será necesario presentar una definición más amplia de ley que las que hasta ahora hemos exhibido. Asimismo, resulta imperativo exponer dicho concepto de ley de forma paralela con la noción de lo que constituye el acto legislativo, con miras a determinar que elementos de ambas ideas pudieran estar presentes en los actos del CS.

Edward Yemin, ofrece una definición que, en mi opinión, muestra la conjunción adecuada entre los conceptos que nos ocupan y, que, por lo tanto, puede resultar de utilidad para profundizar sobre los diversos aspectos formales y materiales del acto legislativo. Yemin, define a la legislación de la siguiente manera:

As one of several formally distinct modes of creating law within a political community, legislation denotes the creation of general norms for the community by an organ thereof. Decisions of that organ creative of law are juristic acts (actes juridiques), i.e., acts willfully taken in the

exercise of a legal right or power granted by a superior legal norm, and intended to produce legal effects. Since the acts in question involve an exercise of one of the basic powers of the government, the superior legal norm granting competence to the legislative organ is part of the group of norms making up the constitution of the political community in question.

The term legislative act [...] denote[s] the act of an organ creative of general legal norms, “legislative power” the right, power or competence granted by a constitutional norm to an organ to enact such norms, and “legislation” either the content of the legislative act or the act itself²⁹⁴.

Como puede apreciarse, la definición ofrecida por Yemin resulta más amplia que las anteriores y, por ende, más adecuada para trasladarse al plano internacional. Un elemento que vale la pena destacar, es la introducción del concepto de “comunidad”, mismo que se pudiera considerar hace posible reflexionar sobre el posible ejercicio de competencias legislativas en una organización internacional como puede ser la propia ONU. De igual manera, se advierte una conceptualización más amplia del término “Constitución”, que pudiera abrir la puerta para la construcción de un esquema en donde el CS pudiese realizar acciones legislativas en función de interpretaciones expansivas y evolutivas de la CNU, que justificasen dichas competencias con base a la doctrina de los poderes implícitos. Finalmente, puede observarse que Yemin equipara el acto legislativo al contenido del mismo, lo cual pudiera implicar que el hecho de legislar conlleva necesariamente la existencia de legislación. Con todo, es notable que, pese a la amplitud de la definición presentada, esta no logra prescindir de introducir el elemento del poder público mediante la alusión expresa a los “poderes básicos del gobierno”. Esta situación, complica de sobremanera el traslado del acto legislativo al plano internacional, ya que forzosamente obliga a considerar la posibilidad de que, para que este exista, el organismo que lo realice tendría que estar dotado con poderes supranacionales.

De la definición presentada, se desprenden tres características esenciales del acto legislativo: la primera, consiste en que los actos legislativos poseen forma unilateral; la segunda, en que crean o modifican algún elemento de una norma legal (es decir poseen fuerza legal) y; la tercera, es que son generales, esto es, dirigidos a sujetos

²⁹⁴ Edward Yemin, *Op. Cit.*, pp 2-3.

indeterminados y susceptibles de aplicación repetida en el tiempo. Yemin detecta ciertas complicaciones en relación con el traslado de dichas características al plano internacional que vale la pena destacar. En primer término, aborda la problemática del carácter unilateral del acto legislativo. El primer problema con respecto a este tema es el de la representación. Mientras que en el plano interno los legisladores nacionales son representantes políticos de los ciudadanos investidos con el poder legislativo a través de un proceso institucionalizado, en el ámbito internacional, aquellos encargados de la producción normativa generalmente son agentes designados por los gobiernos estatales sujetos a su control. Además, apunta hacia el hecho de que en relación con la creación normativa a nivel internacional, este factor, que no se presenta en relación con el Estado moderno, da lugar a consideraciones relativas a si los agentes involucrados en la producción de normas internacionales actúan en función del Derecho Internacional de sus gobiernos para celebrar acuerdos o, si por el contrario, actúan como miembros de un órgano en la adopción de una decisión que le es imputable, misma que es tomada por éste de forma unilateral en función de un poder que le fue conferido conforme a derecho²⁹⁵.

Las consideraciones anteriores, inciden directamente en uno de los puntos clave que a lo largo del segundo capítulo del presente trabajo se ha señalado como un factor determinante en la evolución de los procesos de producción normativa del Derecho Internacional, a saber, la manifestación del consentimiento por parte de los Estados al adquirir obligaciones. Sobre este tema, cabe recordar la postura de Danilenko²⁹⁶ cuando señala que, en términos estrictos, un sistema legal en el cual la validez de sus reglas promulgadas se base en alguna forma de consentimiento por parte de los sujetos a quienes dichas reglas están dirigidas no puede ser considerado como legislación. En este sentido, se ha referido como parte importante de la transformación acaecida en los mecanismos de producción normativa del Derecho Internacional a raíz de la emergencia y proliferación de las OI, el surgimiento de vías de manifestación del consentimiento atenuadas –como pueden ser los procedimientos de *opting-in* y *opting-out*- que algunos autores han asimilado con la legislación pero que, no obstante, retienen una clara presencia del elemento consensual en sus respectivos procesos creativos. Siendo así, resultaría inadecuado categorizar a este tipo de acciones como actos unilaterales, en tanto que manifiestamente requieren de la participación de los Estados como sujetos a

²⁹⁵ *Ibid.*, pp. 6-8.

²⁹⁶ *Supra* nota 118.

quienes finalmente irán dirigidas las normas que se adopten mediante tales procedimientos. No obstante, se entiende que las resoluciones legislativas del CS se encuentran en otra categoría totalmente distinta y que, por ende, es posible calificarlas de unilaterales en función de la naturaleza del proceso decisorio por medio del cual son adoptadas, es decir, del acto jurídico que las origina.

De acuerdo con Yemin²⁹⁷, un acto de producción normativa realizado por un organismo internacional puede ser caracterizado como unilateral siempre y cuando se cumplan dos requisitos: primero, que nos encontremos en presencia de un organismo internacional y, segundo, que el acto en cuestión pueda ser imputable a dicho organismo. Cuando se cumplen estos requisitos, el acto no puede ser descrito como contractual en cuanto a que el órgano actúa en función de sus competencias constitucionales. Resulta irrelevante el sistema de voto que se utilice en el proceso decisorio del organismo en cuestión, incluso en aquellos casos en que sus decisiones se adopten por unanimidad, siempre y cuando este haya actuado en ejercicio de competencias claramente predeterminadas. De esta forma, será posible atribuir el acto a la entidad y no a la colectividad de Estados que lo conforman. Ante este escenario, pudiera cuestionarse el carácter unilateral de las decisiones tomadas por un órgano determinado argumentado que su validez está sujeta a expresiones del consentimiento estatal otorgadas previamente mediante la adhesión o ratificación al instrumento constitutivo que le dio origen. Ante este cuestionamiento, Yemin responde que la forma del acto que da origen a la norma que otorga competencia y forma a las decisiones de un órgano y la forma que finalmente adopten estas decisiones son, lógicamente, asuntos separados. Mientras que las normas jurídicas que definen la competencia de un cierto organismo internacional pueden haber sido creadas de manera contractual, por medio de un acto unilateral o, inclusive, por la vía consuetudinaria; la forma de las decisiones adoptadas por el organismo en cuestión en función de sus competencias depende únicamente de los actos implicados en su formación. Por lo tanto, siendo que las expresiones de asentimiento involucradas en la toma de dichas decisiones son votos calificados y no manifestaciones del ejercicio del derecho de los Estados a contratar, tales decisiones deben de ser imputadas al organismo y ser reconocidas como actos unilaterales, independientemente de la forma del acto que haya creado la norma constitucional que gobierna su proceso creativo.

²⁹⁷ Edward Yemin, *Op. Cit.*, pp. 12-14.

Esta premisa, encuentra su paralelo en el acto legislativo doméstico en cuanto a que puede considerarse que independientemente de la forma que adopte una legislatura, así como de los procedimientos por los cuales promulgue sus leyes, éstas serán válidas mientras que se rijan por la norma constitucional que les dio origen. Incluso, abordando una perspectiva contractualista, pudiera hablarse de la presencia de un elemento consensual entre la autoridad y los sujetos a quienes se les aplicarán las leyes, mismo que se manifestaría en la creación de la constitución de un determinado Estado. Desde la perspectiva de la tesis contractualista, para la realización de dicho acto debe de existir un vínculo entre un determinado pueblo y su gobierno naciente por medio del cual, el primero transfiera su soberanía al segundo, invistiéndolo así de un poder constituyente. Desde esta óptica, el vínculo aludido parece sugerir la presencia de un elemento consensual que no solo justifica el acto legislativo, sino que, además, constituye la base original del mismo. Esta línea de pensamiento, se identifica con la teoría del contrato social, desarrollada en el pensamiento político por filósofos de la talla de Thomas Hobbes, John Locke y Juan Jacobo Rousseau. Tom Campbell, explica la teoría del contrato social de la siguiente forma:

Un contrato social... es un acuerdo entre ciudadanos potenciales (o entre éstos y un potencial gobernante o gobernantes) sobre los términos en los que van a entrar en relaciones sociales o políticas (o ambas). La teoría del contrato social propone una situación –llamada «estado de naturaleza»- en la que las personas, que no tienen derechos y obligaciones políticas (y tal vez tampoco sociales), llegan (generalmente de manera anónima) a un acuerdo sobre las bases para establecer un sistema social y/o político en el que se les reconozcan derechos y obligaciones, incluidas las obligaciones de cumplir el acuerdo alcanzado, respetar los derechos de los ciudadanos y obedecer al gobernante o gobernantes nombrados. El contrato social es usado tanto para explicar la obligación general de los ciudadanos de obedecer la ley (y los posibles límites de esa obligación), como para proporcionar un modo de determinar el contenido adecuado de los derechos y obligaciones que vinculan a los miembros de una sociedad civil y política. El contrato sirve, por lo tanto, tanto para establecer las bases

*de la obligación social, política y jurídica, como para justificar un conjunto particular de normas positivas, sociales y políticas*²⁹⁸.

Aunque evidentemente no puede hablarse de la presencia expresa del consentimiento cada vez que se lleva a cabo el acto legislativo –razón por la cual posee un carácter unilateral-, la versión hipotética de un acuerdo inicial requerido para superar el estado de naturaleza resulta fundamental dentro del esquema contractualista, no solo para justificar el carácter vinculante y general del acto legislativo, sino para establecer límites en su ejercicio. En este contexto, Jeremy Waldron²⁹⁹ explica la postura de John Locke, quien consideraba que, si habíamos de tomar en serio al consentimiento como la base y fuente de legitimidad de las obligaciones políticas, entonces, dicha base constituye las razones que justifican nuestro entendimiento del objeto de la sociedad civil. Consecuentemente, bajo la lógica del consentimiento, si éste constituye el fundamento bajo el cual determinada organización habrá de buscar el cumplimiento de ciertas metas, entonces, aquel que pertenezca a dicha organización no puede estar obligado al cumplimiento de otras, totalmente distintas, a las que pudiera aspirar la organización. Waldron, concluye que la lógica del consentimiento individual como la fuerza motriz de la política, implica que el órgano político encargado de legislar no puede moverse en cualquier dirección, a menos que tal dirección haya sido explícitamente propuesta y consentida por alguien como tal.

Bajo la perspectiva contractualista, es posible justificar la necesidad de un procedimiento preestablecido que determine la manera en que habrá de legislarse dentro de determinado sistema jurídico. La no utilización del procedimiento aceptado equivaldría a una violación del acuerdo inicial por medio del cual se constituyeron los poderes del órgano legislativo. Por su parte, Hayek³⁰⁰ se muestra escéptico ante la idea de un acuerdo preexistente como medio de legitimación del poder público. Para el citado autor, esta idea resulta engañosa en cuanto que no existe ninguna sociedad original que haya manifestado su consentimiento expreso para la creación y adopción de normas. Para Hayek, la concepción aludida deriva de la materialización constructivista

²⁹⁸ Tom Campbell, *La Justicia. Los Principales Debates Contemporáneos*, (Barcelona: Gedisa Editorial, 2002), pp. 101-102.

²⁹⁹ Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, (Nueva York: Cambridge University Press, 1999), pp. 140-141.

³⁰⁰ F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice in Political Economy*: Volume 3 *The Political Order of a Free People*, (Londres: Routledge, Gran 1982), pp. 33-35.

de una ficción que a su vez resulta en una localización errónea del poder en un inexistente acuerdo que tiene por objeto legitimar decisiones que, basadas en un consentimiento ficticio, pueden llegar a justificar el ejercicio del poder en términos absolutos. Para el citado autor, la verdadera fuente del poder decisorio de las autoridades legislativas reside en la opinión de la mayoría de los ciudadanos, misma que no puede justificarse mediante la existencia de alguna autoridad omnipotente en función de una fuente de poder hipotética.

Así las cosas, puede apreciarse cómo incluso en relación al acto legislativo interno, el cual se describe comúnmente como de carácter unilateral, hay quienes intentan justificar su legitimidad por medio del consentimiento. Por otro lado, si se toma por cierta la postura de Hayek, pudiera extrapolarse al plano internacional y justificar la adopción de actos unilaterales por parte de organismos internacionales no ya por medio del otorgamiento de un consentimiento inicial, sino a través de una aceptación subsecuente y continúa de tales actos por parte de la comunidad internacional. Esta idea, habrá de retomarse al tratar la cuestión del uso de competencias expansivas por parte del CS en función del uso de poderes implícitos. Por ahora, el contraste entre la forma en que el consentimiento es relevante para justificar el acto legislativo interno a la luz de la tesis contractualista y, la manera en que este puede ser separado de las normas que dan competencia a los organismos internacionales para adoptar actos normativos de los actos *per se*, sirve para concluir que es posible afirmar que dichos organismos son capaces de realizar actos jurídico unilaterales con consecuencias normativas de la misma forma en que las legislaturas internas son capaces de hacerlo al emitir legislación.

La segunda característica que Yemin³⁰¹ determinó como esencial para que los actos de algún organismo internacional puedan ser considerados como legislativos, consiste en que estos tengan la fuerza legal necesaria para crear o modificar normas jurídicas generales para sus destinatarios. Para el citado autor, la fuerza legal que pueda tener la resolución o decisión de un organismo internacional dependerá tanto de la competencia que tenga dicho órgano para emitirla, así como de la intención normativa que este pueda tener. La competencia, puede buscarse en las normas constitucionales de la organización, mismas que pueden estar expresas o implícitas en su instrumento constitutivo o bien, haberse establecido a través de la costumbre. No obstante, al hablar

³⁰¹ Edward Yemin, *Op. Cit.*, pp. 16-18.

de la fuerza vinculante de las resoluciones tomadas por OI, surge la interrogante de si el derecho que tienen los Estados Miembros de dichos organismos de retirarse de la organización hace que las resoluciones en comento carezcan en realidad de la fuerza legal necesaria para ser consideradas como de naturaleza legislativa. Frente a esta idea, Yemin señala que mientras que un Estado no actúe de manera tendiente a abandonar la organización o a denunciar el tratado que la constituye, dicho Estado continuará siendo un destinatario de las normas que cree la organización. Entonces, el mero hecho de que exista una posibilidad de retirada no resta fuerza legal a los actos de la organización. Más aún, como señala el referido comentarista, dicha posibilidad es, en muchos casos, bastante ilusoria en cuanto a que la habilidad de un Estado para mantener tanto su influencia en la evolución de su propia situación internacional, así como la regularidad de sus relaciones internacionales es, frecuentemente, dependiente de su participación en ciertas OI.

Tomando en cuenta no solo esta postura, sino también la separación de las normas que dan origen a las competencias legislativas por medio de un consentimiento inicial y de las normas mismas que manan de dicha competencia, surge la obligación de reconsiderar si la supranacionalidad en realidad constituye un elemento *sine que non* para la existencia de una legislatura internacional, tal y como se había sugerido en párrafos anteriores. Al hacerlo, se identifican dos interrogantes a las que debe atenderse. En primer plano, parece interesante preguntarse sobre la existencia real de OI de carácter supranacional y, en segundo término, si la supranacionalidad es en verdad una característica necesaria para que los actos unilaterales de las OI estén verdaderamente dotados de fuerza legal y puedan, por ende, ser considerados como legislativos.

Con el fin de responder a la primera de estas cuestiones, se alude a la postura de José Álvarez³⁰², quien considera que no existe actualmente ninguna OI completamente supranacional. De acuerdo con el citado autor, para que un organismo internacional poseyera una auténtica supranacionalidad, tendría que tener todas y cada una de las siguientes seis características: Primero, el poder de tomar decisiones vinculantes para los Estados; segundo, la habilidad de emprender acciones particulares sin el consentimiento expreso de los Estados; tercero, la capacidad de crear reglas directamente vinculantes sobre los habitantes de los Estados sin necesidad de un acto de trasposición por parte de las autoridades nacionales; cuarto, la capacidad de ejecutar sus

³⁰² José E. Álvarez, *International Organizations as Law-Makers*, Op. Cit., p. 16.

decisiones sin la cooperación de los Estados; cinco, autonomía financiera con respecto a los Estados Miembros y; seis, la prohibición del derecho unilateral por parte de los Estados para retirarse de la organización. En efecto, parece que el *test* de supranacionalidad presentado por Alvarez descarta la existencia de auténticas OI de carácter supranacional. No obstante, se entiende que la supranacionalidad no es una característica esencial, ni siquiera una característica requerida para considerar la posible existencia del acto legislativo internacional. En este sentido, factores como la falta de prohibición del derecho de salida unilateral de una OI –o incluso la previsión del mismo en el tratado fundacional- no constituyen una barrera para el acto legislativo internacional en cuanto a que, como apunta Yemin, esta circunstancia no afecta la sujeción al régimen de algún Estado en particular siempre y cuando no manifieste intenciones de retirarse.

Tampoco parece que la capacidad de una OI para vincular directamente a los ciudadanos de un Estado sea determinante para la existencia de un acto legislativo internacional. Si bien esta condición sería indispensable para hablar de supranacionalidad -entendida como la posibilidad de tomar acciones de gobernanza global capaces de afectar directamente a los ciudadanos de algún Estado-, la existencia de un acto legislativo internacional únicamente requeriría que cierta organización pudiese realizar actos que vinculasen directamente a los Estados sin que medie su consentimiento expreso debido a que estos son los sujetos primarios de Derecho Internacional y, por ende, destinatarios por excelencia de las normas internacionales. Por lo tanto, aunque se coincide con el profesor Alvarez en la no existencia de auténticas OI supranacionales, se concluye que la falta de supranacionalidad no es un impedimento para considerar la posibilidad de un acto legislativo internacional.

Finalmente, se considera que la generalidad, tercera y última de las características identificadas por Yemin³⁰³ como esenciales para la existencia del acto legislativo, resulte quizá menos problemática de extrapolar del plano doméstico al plano internacional, por lo menos a nivel teórico. Como explica el citado autor, las resoluciones de las OI pueden estar dirigidas a miembros individuales de la organización, a miembros de una región, a todos los miembros de la organización o, a ciertos miembros que poseen las características por medio de las cuales determinada resolución define a sus destinatarios. Ante esta situación, habrá quien pudiera

³⁰³ Edward Yemin, *Op. Cit.*, p. 18.

argumentar que es imposible hablar de generalidad puesto que dada la cantidad de miembros limitados que tiene una OI, en todos los supuestos mencionados es posible identificar fácilmente a todos sus destinatarios. No obstante, se coincide con la postura de Yemin cuando explica que, en relación con los tres últimos supuestos referidos, dado que las resoluciones en cuestión estarían dirigidas a una clase de destinatarios y no a miembros individuales expresamente determinados, éstas, serían lo suficientemente indeterminadas como para considerarlas de naturaleza general.

De acuerdo a los argumentos presentados, resulta posible definir lo que para efectos del estudio en curso se consideran las características esenciales del acto legislativo internacional. Primeramente, el acto en cuestión debe ser ejercido de forma unilateral por una autoridad facultada para emitirlo. El sistema jurídico internacional, permite que dicha facultad se otorgue expresamente al momento de adoptarse el tratado constitutivo que da origen al “organismo legislador”, o bien, que le sea reconocida como inherente a dicho tratado fundacional mediante la identificación de competencias implícitas. De dicha condición, devenga la fuerza vinculante que inevitablemente debe poseer cualquier acto legislativo. En segundo término, el producto resultante de dicho acto, debe adoptar la forma de una prescripción normativa que genere obligaciones originales, o bien, modifique obligaciones previamente concertadas. Tal prescripción, debe de ser general en cuanto a su naturaleza, situación que implica un alto grado de indeterminación en relación con los destinatarios finales de la nueva norma, o bien, de la modificación de una norma preestablecida. Finalmente, aunque pudiera tener una vigencia implícita o explícitamente determinada, la indeterminación del periodo en que la disposición permanecerá vigente no condiciona la existencia del acto legislativo en sí. Empero, en atención al requisito de generalidad, un instrumento derivado de un acto legislativo internacional, forzosamente tendrá que ser susceptible de aplicación repetida en el tiempo. De tal manera, aunque de forma similar a lo que sucede en el plano doméstico, las leyes se caracterizan por su aplicación prolongada y su tendencia a la permanencia, en el plano internacional, el hecho de que estas puedan ser posteriormente reformadas o incluso derogadas, no mermaría en absoluto su naturaleza legislativa, siempre y cuando cumplan los requisitos antedichos.

El 28 de septiembre de 2001, el CS adoptó la resolución 1373 (2001) que como se ha señalado con anterioridad, es considerada como su primera resolución auténticamente legislativa. Mediante dicho instrumento, condenó inequívocamente los

ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 ocurridos en Nueva York, Washington D.C. y Pensilvania; al tiempo que manifestaba su *determinación de prevenir todos los actos de esa índole*. Con el fin de lograr dichos objetivos, el CS *decidió*, actuando bajo el Capítulo VII de la CNU, que *todos los Estados* deberían prevenir y reprimir cualquier acto de financiación de terrorismo. Asimismo, los Estados habrían de tipificar como delito la provisión o recaudación intencionales, por cualesquiera medios, directa o indirectamente, de fondos por sus nacionales o en su territorio con la intención de que dichos fondos se utilicen, o con conocimiento de que dichos fondos se utilizarán, para perpetrar actos de terrorismo.

De igual manera, el CS ordenó que se congelasen sin dilación los fondos y demás activos financieros o recursos económicos de las personas que cometan, o intenten cometer, actos de terrorismo o participen en ellos o faciliten su comisión; de las entidades de propiedad o bajo el control, directo o indirecto de esas personas, y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas y entidades o bajo sus órdenes, incluidos los fondos obtenidos o derivados de los bienes de propiedad o bajo el control directo o indirecto de esas personas y de otras personas y entidades asociadas con ellos. Además, el CS determinó que los Estados deberían de prohibir a sus nacionales o a toda persona y entidad que se encuentre en su territorio que pongan cualesquiera fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos de otra índole, directa o indirectamente, a disposición de las personas que cometan o intenten cometer actos de terrorismo o faciliten su comisión o participen en ella, de las entidades de propiedad o bajo el control directo o indirecto de esas personas, y de las personas y entidades que actúen en nombre de esas personas o bajo sus órdenes. Aunado a las medidas anteriores, entre otras, el CS *decidió*, de conformidad con el artículo 28 de su reglamento provisional, crear un Comité del Consejo de Seguridad, integrado por todos los miembros del Consejo, para que verificase la aplicación de la resolución 1373 (2001) con la asistencia de los expertos que se considerasen apropiados. Asimismo, el Consejo expresó su determinación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la plena aplicación de la resolución en comento de conformidad con las funciones que le asigna la CNU.

Como puede apreciarse, incluso un análisis superficial de la estructura y particularidades de las medidas contenidas en la resolución 1373 (2001) revela que su adopción reúne todas las características esenciales de un acto legislativo de acuerdo a

los conceptos manejados en el presente apartado. En primer lugar, se observa que el requisito de la unilateralidad se encuentra cubierto en cuanto a que no puede pensarse que un acto realizado por un organismo compuesto por tan solo 15 Miembros de una organización, cuyo número total de membresía asciende a los 193 Estados, sea atribuible a la totalidad de estos y no al organismo especializado que lo emitió. Asimismo, resulta por demás claro que el acto en sí es atribuible al CS, en cuanto a que no puede decirse -salvo que se tomase en cuenta el momento de su adhesión a la CNU-, que los destinatarios del mismo hayan manifestado su consentimiento de quedar obligados por este. Más aun, el CS había tomado como base de las medidas contenidas en la resolución que nos ocupa algunas previsiones contenidas en el entonces recientemente concluido -y en aquel momento escasamente ratificado- Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (CIRFT), de 1999. De dicho instrumento, tomó algunas previsiones y modificó y suprimió otras tantas. Este factor, refuerza el carácter unilateral del acto por medio del cual se adopta la resolución 1373 (2001) en cuanto a que pone de manifiesto la forma en que el CS circundó la voluntad estatal al sustituir un tratado multilateral específico como vehículo para adoptar obligaciones, por una vía que finalmente privó a los Estados de exteriorizar su consentimiento para adquirir dichos compromisos.

En cuanto a la fuerza jurídica que ostenta el acto, es claro que el CS actuó en ejercicio de sus competencias previamente determinadas o, que por lo menos, esta era su intención al justificar sus acciones especificando que se encontraba actuando en virtud del Capítulo VII de la CNU. Al proceder de esta manera, quiso dejar muy en claro que operaba en cumplimiento de su misión primordial ante lo que consideraba como una amenaza a la paz y seguridad internacionales. Incluso, así lo determinó expresamente en el preámbulo de la resolución que se comenta al señalar que consideraba no solo a los ataques sufridos por los EEUU, sino a *todo* acto terrorista como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales. Dicha consideración, resulta trascendental en cuanto que pone de manifiesto las intenciones prospectivas del CS al indicar que la resolución 1373 (2001) fue adoptada no solo como una reacción ante los sucesos acaecidos en los EEUU, sino como un instrumento de prevención contra todo acto terrorista futuro.

Finalmente, es posible constatar que la resolución 1373 (2001) posee un carácter general en cuanto a que no está dirigida a un destinatario específico. Más aún, las

medidas contenidas en ésta se encuentran dirigidas a “los Estados”. Consecuentemente, incluso dando por sentado que el CS se estuviera refiriendo únicamente a los EMNU, la vasta membresía con que cuenta la Organización permitiría calificar los efectos de la resolución referida como virtualmente universales. Además, la creación de un Comité (“Comité para el Terrorismo del Consejo de Seguridad”) para los efectos de supervisar la implementación de la resolución y la manifiesta intención del Consejo de “seguir ocupándose de la cuestión”, sugieren de forma inequívoca la pretensión por parte del Órgano de crear un régimen susceptible de aplicación repetida en el tiempo. Dicha pretensión, puede también inferirse de la naturaleza misma de las medidas contenidas en la resolución y, además, ha sido confirmada con el paso del tiempo a través del régimen jurídico instaurado por dicho instrumento, mismo que a la fecha permanece vigente. Por último, aun y cuando no se ha identificado a la coercibilidad como un elemento esencial del acto legislativo, no sobra decir que la resolución 1373 (2001) posee carácter coercitivo, mismo que se desprende en función de haber sido adoptada al amparo del Capítulo VII de la CNU. Inclusive, puede considerarse que el CS pretendió enfatizar la coercibilidad de su primera resolución legislativa al expresar su determinación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar su plena aplicación de acuerdo con las funciones que le confiere la CNU.

4.3 La Expansión Competencial del Consejo de Seguridad con Posterioridad a la Guerra Fría

Durante los primeros 45 años de su existencia, el CS exclusivamente aplicó medidas coercitivas basadas en el Capítulo VII en dos ocasiones: la primera, para imponer sanciones económicas al régimen racista minoritario en Rodesia del Sur en 1966 y, la segunda, para imponer sanciones militares al régimen de *apartheid* en Sudáfrica en 1977. Sorprendentemente, sólo dentro de los 14 años posteriores a 1990, el Consejo había emitido más de 250 resoluciones en virtud del Capítulo VII, incluyendo todo tipo de medidas coercitivas. Entre dichas medidas, se incluyen extensivos embargos económicos, la autorización a Estados y organizaciones regionales para el uso de la fuerza, la demarcación de fronteras, el establecimiento de una comisión de reclamaciones, la creación de tribunales *ad hoc*, la creación de autoridades civiles para

administrar territorios y, por supuesto, la emisión de las resoluciones legislativas objeto de nuestro estudio³⁰⁴.

Asimismo, durante el periodo aludido, el CS emitió docenas de sanciones dirigidas a una amplia variedad de sujetos, entre los que novedosamente se incluyeron entidades no gubernamentales como Al-Qaida y el Talibán, la Unión Nacional para la Independencia Total de Angola (UNITA) y, algunas milicias en el Congo Oriental. Dichas sanciones, fueron utilizadas con miras a cumplir un amplio rango de objetivos entre los que se cuentan el cese de agresiones, la restauración de gobiernos electos democráticamente, la protección de los DDHH, la terminación de guerras nacionales e internacionales y, de especial interés para nuestro trabajo; el combate al fenómeno del terrorismo internacional³⁰⁵.

Una ampliación tan extensa en el espectro de situaciones en las que puede actuar el CS, así como en el tipo de medidas de las que puede disponer para tal efecto, hubiese sido imposible sin un profundo cambio paradigmático en cuanto a la percepción de los propios fines de Naciones Unidas, así como de los medios a emplear para su consecución. María de los Ángeles Cano³⁰⁶, considera a la transformación en el espíritu de las relaciones internacionales a raíz de la caída del muro de Berlín como un hito en cuanto al cambio de lo que se entiende por mantenimiento de paz y seguridad, concepto en torno al cual gira la actividad del ONU. Por ello, la citada autora concluye que se ha perdido el carácter estrictamente militar que se le atribuía a dicho concepto y, que este se ha vuelto “omnicomprensivo” a fin de poder dar cumplimiento a los objetivos de la Organización al procurar la protección de una sociedad internacional que se ha vuelto considerablemente interdependiente.

De tal suerte, pudiera considerarse que la transformación en la actividad del CS obedece a la necesidad de una rápida adaptación ante la presión acaecida por las numerosas crisis y emergencias internacionales que súbitamente tuvo que enfrentar a principios de los 1990s. De tal manera, no fue solo el debilitamiento de las tensiones entre los EEUU y la Ex Unión Soviética lo que activó al CS, sino que, además, pueden

³⁰⁴ Eric Rosand, “The Security Council As “Global Legislator”: Ultra Vires or Ultra Innovative?”, *Fordham International Law Journal*, vol. 28, nº 3, 2004, pp. 560-561.

³⁰⁵ David Cortright, *et. al.*, “The Sanctions Era: Themes and Trends in UN Security Council Sanctions since 1990”, en Vaughan Lowe, *et. al.* (editores), *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*, (Nueva York: Oxford University Press, 2008), p. 206.

³⁰⁶ María de los Ángeles Cano Linares, *La Actividad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en Caso de Amenaza a la Paz*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011), 26-28.

incluirse como un factor catalizador de dicho fenómeno, una serie de acontecimientos de importancia cardinal, mismos que propiciaron el protagonismo del Consejo durante el periodo inmediato al colapso del sistema bipolar imperante durante la guerra fría. De tal manera, eventos como el comienzo de la guerra entre Iraq y Kuwait en el año de 1990, así como el involucramiento de la ONU en el conflicto de la Ex Yugoslavia al año siguiente, resultan indicativos de la diversidad y complejidad de las situaciones en las que se vería involucrado el CS durante los siguientes años. En este contexto, el Consejo se halló inesperadamente inmerso en medio de tantas crisis y emergencias internacionales que de pronto, su atención concerniente a cuestiones relativas a la CNU, así como aquellas tocantes a sus propias reglas de procedimiento, se vio rezagada en función de la abrumante actividad con la que se encontró. Dicho sea de otro modo, las nuevas condiciones estructurales surgidas en el ocaso del Siglo XX propiciaron un cambio no solo en la actitud del CS con respecto a su papel como garante de la paz y seguridad internacionales, sino también en los métodos utilizados en el desempeño de sus funciones³⁰⁷.

Entre tales métodos, destaca el incremento en el establecimiento y en el uso de organismos subsidiarios por parte del CS con miras a la concreción de sus objetivos. Para mediados del año 2006 el Consejo había instituido ya 25 de tales entidades, entre las cuales se encontraban grupos de trabajo, así como organismos de monitoreo y de supervisión encargados de la realización de la mayoría de sus actividades operativas. Cabe señalar, que entre los organismos referidos se encontraban los dos Tribunales Penales Internacionales (para Ruanda y la Ex Yugoslavia), tres comités dedicados a la lucha contra el terrorismo y a la no proliferación de ADM, dos referentes a adjudicaciones y asuntos financieros relacionados con Iraq, así como otros tantos dedicados a la supervisión de regímenes de sanciones particulares relativos a Estados específicos. La proliferación de organismos subsidiarios parece un claro indicador tanto de la diversificación de actividades del CS, como de la necesidad de volverse más efectivo ante dicho fenómeno. Para algunos, el incremento en el número de dichos organismos representa el surgimiento de un CS más inclusivo en cuanto que siendo que la mayoría no están presididos por Miembros Permanentes, constituyen una oportunidad para aquellos Miembros no Permanentes de liderar aspectos cruciales en las labores del Consejo. Asimismo, siendo que varios de estos organismos generalmente deciden por el

³⁰⁷ Juergen Dedring, *The United Nations Security Council in the 1990s. Resurgence and Renewal*, (Albany: State University of New York Press, 2008), p. 17.

CS, los Estados que los presiden cuentan con una suerte de veto operacional. Por consiguiente, la imagen de un CS sigiloso y reservado se percibe cada vez más anacrónica en contraste con el escenario descrito³⁰⁸.

No obstante, la profesora Soledad Torrecuadrada³⁰⁹ observa que, a partir de 1987, actuando en el contexto de la guerra irano-iraquí, el CS ha desarrollado un método de trabajo por medio del cual procura la aceleración de sus procesos decisorios a través de la celebración de reuniones previas a las sesiones oficiales del Órgano a fin de concretar acuerdos que faciliten la adopción de resoluciones. Aunque concede que dicha dinámica ha contribuido al funcionamiento eficaz del CS, la citada autora advierte ciertos inconvenientes en su empleo, dentro los cuales destaca la opacidad en el proceso de toma de decisiones. A diferencia de lo que ocurre en las Sesiones del Consejo, las reuniones previas entre sus Miembros Permanentes carecen de actas que permitan conocer los motivos esgrimidos por dichos Estados para adoptar o rechazar el texto de alguna resolución. De acuerdo con la profesora Torrecuadrada, el empleo de la dinámica descrita demerita la participación de los Miembros no Permanentes del CS cuya falta de organización favorece la adopción de resoluciones previamente consensuadas entre los Miembros Permanentes.

Según las consideraciones presentadas, no parece que pueda calificarse la práctica reciente del CS como una que se desenvuelve en un ambiente de inclusividad. A dicha problemática, puede sumarse aquellas cuestiones que tienen que ver posibles excesos en el ejercicio de las competencias que ostenta el CS. Mónica de la Serna³¹⁰, pone de manifiesto el cómo mediante una interpretación extensa del concepto de “amenaza a la paz” incluido en el artículo 39 de la CNU –interpretación que según la autora no siempre se ha realizado dentro de los límites permitidos por esta- el CS ha expandido considerablemente su margen de actuación. De esta manera, en vez de atajar lo que tradicionalmente se consideraba como una amenaza a la paz, es decir, el conflicto armado entre dos Estados, el Consejo ha determinado que situaciones derivadas de guerras civiles y serias violaciones a los DDHH son constitutivas de dicho supuesto.

³⁰⁸ Edward. C. Luck, “UN Security Council. Practice and Promise”, *Op. Cit.*, pp. 16-17.

³⁰⁹ Soledad Torrecuadrada García-Lozano, *Op. Cit.*, pp. 107-109.

³¹⁰ Mónica Lourdes de la Serna Galván, *Op. Cit.*, p. 159.

En relación con lo anterior, José Álvarez³¹¹ advierte que la CNU parece anticipar que el CS, al tomar medidas de ejecución, lo haga en respuesta a quebrantamientos o amenazas a la paz concretas y, que estas terminen cuando la amenaza concreta deje de existir. Sin embargo, el Consejo ha re-conceptualizado su capacidad de adoptar medidas coercitivas para lidiar con amenazas a la paz que no son concretas y que no están limitadas geográfica ni temporalmente. Como advierte Álvarez, mientras que la Carta no contempla la creación legislativa general a través de medidas de ejecución, el Consejo ha tomado precisamente medidas de este tipo como respuesta a la amenaza del terrorismo. Así, como consecuencia de su preocupación por adaptarse a los retos contemporáneos en materia de seguridad internacional, el CS ha ido gradualmente modificando su *modus operandi* para lidiar con situaciones que, si bien ciertamente se encuentran dentro de su ámbito competencial, suscitan cuestionamientos en cuanto a los métodos utilizados por el Órgano, que complicadamente se ajustan a lo previsto en la CNU.

En este contexto, se encuentra que efectivamente uno de los aspectos más significativos en cuanto al incremento en la variedad y alcance de asuntos de los cuales se ocupa el CS ha sido su involucramiento en la lucha contra al terrorismo internacional. En este sentido, se advierte que la participación del CS en actividades relacionadas con el terrorismo durante la época de la guerra fría fue prácticamente nula. Durante este tiempo, al margen de condenar algunos incidentes particulares, permaneció relativamente ajeno a la problemática del terrorismo, dejando que la AGNU, mediante la elaboración de más de una decena convenios internacionales en la materia³¹², fuese el Órgano protagonista en la agenda anti-terrorista de la ONU. Por lo tanto, es posible afirmar que, ante la problemática en comento, el CS ha sufrido un cambio paradigmático en su actitud, alguna vez reactiva y casuística, mismo que lo ha llevado a la adopción de una postura que lidia con el terrorismo como un fenómeno de naturaleza

³¹¹ Álvarez, José E., “International Organizations as Law-makers”, *Op. Cit.*, pp. 195-196.

³¹² Actualmente, existen 14 instrumentos jurídicos internacionales desarrollados bajo los auspicios de la ONU y sus organismos especializados, así como por el Organismo Internacional de Energía Atómica. Existen además cuatro enmiendas relativas a los instrumentos mencionados. Para una lista completa de los convenios referidos, así como para los textos completos de los mismos, véase: Organización de las Naciones Unidas, “Acciones de las Naciones Unidas contra el Terrorismo”, disponible en <http://www.un.org/es/terrorism/instruments.shtml>, última fecha de consulta 12 de agosto de 2015.

general. Para tales efectos, ha desarrollado una estructura de acción que ha aportado nuevos niveles de innovación e institucionalización en su actividad³¹³.

De pronto, la composición y funcionamiento originales del CS parecen anacrónicos para lidiar con los problemas de seguridad del mundo actual. Ante dicho escenario, el Consejo ha reaccionado ocupándose de asuntos de manera general y previsiva, características que parecen no ajustarse ni a lo dispuesto por la CNU, ni a su limitada práctica durante la época de la guerra fría, pero que ciertamente obligan a reflexionar sobre lo que en la actualidad pudiese ser constitutivo de una amenaza a la paz. Al hacerlo, el CS ha emitido una serie de resoluciones que pudieran considerarse como atípicas en por los menos dos aspectos. El primero de ellos, se relaciona con la idea de que el CS discutiblemente fue concebido como un órgano reactivo encargado principalmente de suprimir conflictos bélicos interestatales en concordancia con su misión primordial de mantener la paz internacional entendida en un sentido negativo. El segundo, se refiere al difícil encuadre que tienen dichos instrumentos dentro de la CNU. En este sentido, se razona que mediante la emisión de resoluciones como las que se describen, el CS ha venido expandiendo la noción de lo que constituye una amenaza a la paz, expandiendo gradualmente su ámbito competencial de forma tal que le ha permitido el desarrollo de competencias legislativas.

De forma simultánea a la identificación del incremento cuantitativo en el número de resoluciones del CS a partir de los 1990s, ciertos sectores de la doctrina han reconocido importantes cambios cualitativos en el contenido de dichos instrumentos que, estudiadas en su conjunto, denotan sus intenciones legislativas y jurisdiccionales. Mientras que habrán de centrarse esfuerzos en el primero de estos aspectos evolutivos en la práctica del CS, el estudio simultáneo de ambas facetas, será de utilidad para reseñar la progresión que éste ha mostrado de la particularidad hacia la generalidad, misma que lo ha habilitado para tomar decisiones que morfológicamente se asemejan al proceso legislativo. Dicha progresión, comienza mediante la emisión de la resolución 687 (1991)³¹⁴, relativa al conflicto entre Kuwait e Iraq, a través de la cual el CS comienza a exhibir comportamientos atípicos entre los que destaca la imposición de obligaciones generales y, culmina con la emisión de su primera resolución legislativa, la 1373

³¹³ Jane Boulden, "The Security Council and Terrorism", en Vaughan Lowe, *et. al.* (editores), *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*, (Nueva York: Oxford University Press, 2008), pp. 608-610.

³¹⁴ Resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 3 de abril de 1991.

(2001). Como habrá de constatarse, en el espacio de tiempo transcurrido entre ambas resoluciones, el CS mostró su avidez por abordar los problemas de manera general y anticipada. Dicha propensión, parece estarse consolidando en una práctica del Organismo, tal y como sugiere la emisión de dos resoluciones posteriores a la 1373 (2001), específicamente la 1540 (2004) y, la más reciente 2178 (2014) que, al igual que la primera, poseen características legislativas.

4.3.1 La Resolución 687 (1991): El Inicio de la Originalidad Creativa

En su ensayo intitulado “*The Security Council’s First Fifty Years*”, Frederic L. Kirgis³¹⁵ señalaba en el contexto del 50 aniversario de la ONU cómo las provisiones contenidas en la CNU relativas al CS no lucían significativamente distintas de aquellas contenidas en la versión original de la Carta de 1945. En 1965, se reformaron los artículos 23 y 27 para incrementar la membresía del CS de 11 a 15 Estados, teniendo dicha reforma como consecuencia el que se requiriesen 9, y no 7 votos a favor, para que el Órgano adoptase una resolución. Asimismo, en 1968 se reformó el artículo 109 para incrementar el número de votos necesarios (de 7 a 9) para complementar el voto de dos terceras partes de la AGNU requerido para convocar a una conferencia de revisión de la CNU. No obstante, pese a los mínimos cambios formales que se han realizado en la estructura de la CNU, los cambios ocurridos en la práctica de los órganos principales de la ONU, particularmente aquellos relativos al CS, son notables. Frente a este fenómeno, el citado autor observa que hay quienes consideran que tales cambios han llegado lo suficientemente lejos como para debilitar la estructura constitucional de la Organización, mientras que otros, de forma más optimista, consideran a este tipo de cambios como pasos normales, o por lo menos aceptables, en el desarrollo de la CNU entendida como una constitución viviente.

En lo particular, se estima que a 20 años del 50 aniversario de la ONU, el debate planteado por Kirgis continúa vigente y, que, además, pese a que en este nuevo periodo de tiempo no se han suscitado enmiendas al texto de la CNU, los cambios acaecidos en la práctica del CS son más que notorios puesto que reflejan no solo un alargamiento en sus poderes, sino también, un incremento en sus funciones. Dicho incremento, ha tenido como consecuencia el que este realice actos de naturaleza judicial y legislativa. Los

³¹⁵ Frederic L. Kirgis Jr., “The Security Council’s First Fifty Years”, *The American Journal of International Law*, vol. 89, n° 3, 1995, p. 506.

cambios aludidos, guardan estrecha relación con el que quizá sea el cambio más significativo en la práctica del CS, su ocupación con guerras internas. Dicho cambio, llegó a ser cuestionado durante sus inicios en las décadas de los 1960s y 1970s. No obstante, el CS ha desarrollado práctica en este sentido y hoy en día la comunidad internacional acepta que este tipo de conflictos pueden ser constitutivos de amenazas para la paz y seguridad internacionales y, por lo tanto, recaen dentro del ámbito competencial del CS³¹⁶. Consecuentemente, a medida que el CS se ha ocupado cada vez más de conflictos intra-estatales y transnacionales, se tornó evidente su necesidad de aprender a lidiar con actores no estatales también³¹⁷.

Pese a los cambios descritos, tanto el texto de la CNU como la práctica del CS durante las primeras cinco décadas en el ejercicio de sus funciones habían creado la impresión de que los poderes del Consejo debían ser ejercitados casi exclusivamente en relación con conflictos o situaciones particulares. Con posterioridad a la guerra fría, el CS frecuentemente impuso sanciones económicas u otro tipo de restricciones que requerían cumplimentación por parte de todos los Estados. No obstante, dichas medidas eran impuestas con el propósito limitado de lograr el cumplimiento de sus decisiones por parte de un determinado Estado. Debido a esta situación, las medidas en comento siempre tenían una duración determinada explícita o implícitamente, acorde a la realización de los fines del CS. Sin embargo, cerca del inicio de la década de los 2000, este comenzó a adoptar decisiones que tenían que ver no con algún conflicto o situación particular, sino con conflictos en general³¹⁸. De tal manera, se ocupó de asuntos relativos a la protección de niños y civiles, el rol de la mujer con respecto al mantenimiento de la paz, cuestiones humanitarias, e incluso, el terrorismo internacional³¹⁹. Este tipo de resoluciones, a menudo calificadas en la literatura como “temáticas”, son indicativas de una variación en el comportamiento del CS que con

³¹⁶ David Schweigman, *Op. Cit.*, pp. 151-152.

³¹⁷ Edward. C. Luck, “UN Security Council. Practice and Promise”, *Op. Cit.*, p. 68.

³¹⁸ Paul Szasz, “The Security Council Starts Legislating”, *The American Journal of International Law*, vol. 96, n° 4, 2002, pp. 901-906.

³¹⁹ De acuerdo con Paul Szasz el CS se ocupó de la protección de los niños a través de las resoluciones 1262 del 25 de agosto de 1999, 1265 del 17 de septiembre de 1999, 1296 del 19 de abril de 2000 y, 1314 del 11 agosto de 2000. Asimismo, Szasz menciona a las resoluciones 1265 del 15 de septiembre de 1999 y 1296 del 19 de abril de 2000 como relativas a la protección de civiles. Como ejemplo de resolución relativa al rol de la mujer con respecto al mantenimiento de la paz menciona la resolución 1325 del 31 de octubre del 2000. Con respecto a las cuestiones humanitarias, alude a la declaración de la Presidencia del CS 2000/7 del 9 de marzo. Finalmente, en relación al terrorismo internacional, cita la resolución 1269 del 19 de octubre de 1999 y a la declaración de la presidencia del CS 2000/38 del 6 de diciembre. Véase, *Ibid.*, p. 902.

anterioridad podía caracterizarse como puramente ejecutivo, hacia una conducta dentro de la cual sus acciones denotan características normativas³²⁰. Si bien contienen recomendaciones o declaraciones de intención cuya implementación se deja abierta a los Estados, debido a las referencias generales que contienen y a que instan a los Estados a implementar políticas de amplio alcance, bien pudieran ser consideradas como antecedentes al ejercicio de un vasto poder legislativo por parte del CS³²¹.

De tal manera, se razona que el proceso que llevó al CS a la adopción de resoluciones legislativas inició precisamente mediante la adopción de resoluciones temáticas a través de las cuales comenzó a considerar, sin referencia a ningún conflicto o situación particular, ciertos problemas de interés para la comunidad internacional sin llegar a invocar sus poderes en virtud del Capítulo VII de la CNU. No obstante, esto cambiaría mediante la adopción de la resolución 1373 (2001), por medio de la cual, al tiempo que determinaba que “cualquier acto terrorista” constituía una amenaza para la paz y seguridad internacionales, el CS imponía obligaciones para reprimir la financiación de actos terroristas que al no estar vinculadas a la continuidad de la amenaza presentada por Al-Qaida tras los ataques del 9-11, incluso a ninguna otra situación concreta, pueden considerarse como normas de aplicación general y abstracta. De acuerdo con Björn Elberling, aunado al desarrollo de competencias legislativas por parte del CS, existen otros dos fenómenos que anteceden a este acontecimiento y que, de igual forma, contribuyen al perfeccionamiento de un entendimiento más amplio por parte del CS de sus propios poderes. En primer plano, se refiere al ensanchamiento del término “amenaza a la paz” el cual, se asociaba únicamente con conflictos interestatales y ahora comprende no solo conflictos internos, sino otras situaciones como violaciones masivas a los DDHH y golpes de Estado. En segundo término, menciona el desempeño de funciones cuasi judiciales por medio de las cuales, el Consejo, a través de un comité, impone las así llamadas “sanciones inteligentes” dirigidas a individuos³²².

³²⁰ Marco Alberto Velásquez-Ruiz, “In the Name of International Peace and Security: Reflections on the United Nations Security Council’s Legislative Action”, 18 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2011, pp. 19-20.

³²¹ Las resoluciones temáticas a las que alude Velásquez-Ruiz son la 984 de 1995 mediante la cual sin crear obligación alguna el CS ofreció garantías suplementaria a los Estados sin capacidad nuclear y complementó un sistema creado por un Tratado de no Proliferación, la 1209 de 1998 que promovió la adopción de legislación nacional para limitar el tráfico de armas en África, la 1308 de 2000 que trataba sobre el VIH y sus implicaciones en el marco de operaciones de mantenimiento de la paz y, la 1366 de 2001 sobre la prevención de conflictos generales. Véase, *Ibid.*, pp. 20-21.

³²² Björn Elberling, “The Ultra Vires Character of Legislative Action by the Security Council”, *International Organizations Law Review*, vol. 2, n° 2, 2005, pp. 337-338.

Se estima que no es posible entender la expansión competencial del CS sin realizar un análisis conjunto de los tres factores aludidos. En definitiva, estos han jugado un papel determinante en dicho proceso, mismo que no puede concebirse sin tomar en cuenta la conjugación de los componentes referidos. Dicha aseveración, se pretende demostrar a través del análisis de algunas resoluciones del CS que exhiben por lo menos alguno de los elementos referidos o bien, distintas combinaciones de los mismos. Tales resoluciones, han sido caracterizadas como atípicas y, como como habrá de verificarse, señaladas por diversos autores como antecedentes de la resolución 1373 (2001) y demás resoluciones legislativas. Por ende, antes de retomar a este último grupo de resoluciones, se concentrarán esfuerzos en el análisis del primer grupo referido, con el objeto de identificar la evolución gradual en la práctica del CS. De esta forma, será posible identificar ciertos patrones que finalmente conducen al ejercicio de actos de naturaleza legislativa por parte del Órgano. Asimismo, se tomará en cuenta que, al igual que las resoluciones legislativas, aquellas resoluciones “atípicas” que las preceden no están exentas de controversia puesto que, finalmente, en su momento, su adopción significó desviaciones en el ejercicio de los poderes conferidos al CS en virtud del Capítulo VII de la CNU.

En este contexto, la profesora Soledad Torrecuadrada³²³ ubica como el punto de inflexión en la práctica del CS el momento siguiente a la invasión y posterior anexión de Kuwait por parte de Iraq en 1990. Añade, que, debido a las nuevas circunstancias mundiales evidenciadas por dicho acontecimiento, el CS comenzaría a emitir resoluciones que debido a su originalidad –característica a la que denomina “efervescencia cualitativa”- no resisten la comparación con sus resoluciones anteriores. De tal manera, se coincide con la citada autora cuando señala como muestra de lo anterior, la emisión de la paradigmática resolución 687 (1991). Dicho instrumento, también conocido como “la madre de todas las resoluciones”³²⁴, es sin duda alguna una de las resoluciones más controvertidas emitidas por el CS. Tal y como se verá a continuación, la resolución aludida marca un hito en la práctica del Órgano, razón por la cual, es posible considerarla como el punto de partida de su expansión competencial.

La resolución 687 (1991) contiene varias decisiones del CS que aparentemente evidencian su estiramiento competencial, en cuanto a que resulta complicado

³²³ Soledad Torrecuadrada García-Lozano, “La Expansión de las Funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Problemas y Posibles Soluciones”, *Op. Cit.*, p. 369.

³²⁴ Frederic L. Kirgis Jr., *Op. Cit.*, p. 524.

encuadrarlas dentro del esquema previsto por la CNU. Actuando de forma genérica de conformidad con el Capítulo VII de la Carta, el CS decidió garantizar la inviolabilidad de la frontera entre Iraq y Kuwait de acuerdo con la “Minutas convenidas entre el Estado de Kuwait y la República Iraq sobre el restablecimiento de las relaciones de amistad, el reconocimiento y asuntos conexos” (en adelante “el Acuerdo de 1963”) registradas en las Naciones Unidas y firmadas por dichos Estados el 4 de octubre de 1963 en Bagdad. Asimismo, el CS reafirmó la responsabilidad internacional de Iraq ante los gobiernos, los nacionales y las empresas extranjeros por toda pérdida directa y daño directo, incluidos los daños al medio ambiente y la destrucción de recursos naturales, y por todos los perjuicios directos resultantes de la invasión y ocupación ilícita de Kuwait. Mediante esta determinación de responsabilidad internacional, el CS decidió crear un fondo, así como establecer una Comisión para la administración del mismo, con el fin de pagar indemnizaciones en respuesta a las reclamaciones que se presentasen en relación con las condiciones aludidas. Finalmente, mediante la resolución en comento, decidió también someter a Iraq a un extenso régimen armamentista, mismo que se impondría bajo supervisión internacional. Como se verá a continuación, algunos autores identifican características legislativas a los actos referidos. En lo particular, se descarta de antemano dicha posibilidad, principalmente con base a que las medidas adoptadas carecen del requisito de generalidad, mismo que resulta esencial para poder calificarlas como legislativas. No obstante, su adopción marca el inicio de una progresión por medio de la cual, el CS terminaría expandiendo su ámbito competencial mediante la emisión de un cúmulo de resoluciones, principalmente adoptadas durante la década de los mil novecientos noventa, que discutiblemente exceden lo previsto en la CNU.

A fin de lograr los objetivos descritos, el CS realizó un cambio fundamental en la manera de utilizar los poderes coercitivos que ostenta en virtud del Capítulo VII de la CNU. Puede considerarse, que mediante la adopción de la resolución 687 (1991), se alejó de su forma habitual de enfrentar amenazas. En vez de recurrir a la generación de respuestas político-militares, realizó un cambio de estrategia al crear mecanismos regulatorios basados en la prevención y manejo de las amenazas a través de estándares jurídicos aplicados mediante una compleja maquinaria administrativa³²⁵. Ante dicha

³²⁵ James Cockayne & David M. Malone, “The Security Council and the 1991 and 2003 Wars in Iraq”, en Vaughan Lowe *et. al.* (editores), *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*, (Nueva York: Oxford University Press, 2008), p. 388.

transformación, hay quien considera³²⁶ que por medio de la promulgación de actos vinculantes dirigidos a situaciones particulares tales como la demarcación de la frontera entre Iraq y Kuwait, el CS mostró su interés tanto por legislar como por la adjudicación de disputas.

Axel Marschik³²⁷, advierte tanto la existencia de argumentos para rebatir las posturas de quienes consideran, por un lado, que el CS actuó como un órgano judicial en relación al establecimiento de la frontera entre Iraq y Kuwait, al decidir entre posturas discrepantes con base en el Acuerdo de 1963, así como también, por otro lado, la presencia de razonamientos para refutar los puntos de vista de quienes estiman que, al determinar dicha frontera y garantizar su inviolabilidad, el Consejo actuó de forma legislativa. Con respecto al primero de estos escenarios, Marschik considera que las decisiones del CS sobre dicho asunto pueden ser entendidas como una demanda hacia ambas partes de que se respetase una frontera previamente establecida. Concluye, que aún si se aceptase el acto en cuestión como la determinación legal de una frontera, este, no podría considerarse como un acto legislativo en cuanto a que constituye una decisión individual para un caso específico. Por ende, aunque todos los Estados tuvieron que aceptar la decisión del Consejo, esta, solo afectó los derechos territoriales de los dos Estados partes en el conflicto.

Por otro lado, hay quienes afirman que al establecer la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas (CINU) -encargada de administrar el fondo de compensaciones establecido tras el fin de las hostilidades-, así como la Comisión de la Demarcación de Frontera entre el Iraq y Kuwait (CDFIK) –encargada de delimitar la frontera entre estos dos Estados-, el CS extendió sus poderes legislativos. David Schweigman³²⁸, explica cómo de manera general, es posible entender que el CS legisla en el sentido de que sus decisiones obligan potencialmente a todos los Estados. Con todo, la postura de Schweigman admite ciertos matices, puesto que, la mera posibilidad de contraer una obligación, resulta insuficiente para afirmar la naturaleza legislativa de los organismos subsidiarios creados mediante la resolución 687 (1991). En este sentido, pareciera que la postura expuesta se formula al considerar que el resto de los Estados, se encuentran obligados a reconocer las determinaciones del CS y, por ende, a actuar en consecuencia

³²⁶ Marco Alberto Velásquez-Ruiz, *Op. Cit.*, p. 20.

³²⁷ Axel Marshik, “The Security Council as World Legislator? Theory, Practice and Consequences of an Expanding World Power”, *Institute for International Law and Justice*, Working Paper 2005/18, pp. 1-36.

³²⁸ David Schweigman, *Op. Cit.*, p. 160.

con ellas en el desarrollo de sus relaciones futuras para con los Estados involucrados, es decir, Kuwait e Iraq. No obstante, el citado autor considera que, en relación con los organismos aludidos, el CS extendió considerablemente sus poderes legislativos, ya que no solo declaró la ilegalidad de ciertas acciones, sino que, además, creó los instrumentos para remediarlas. En este sentido, se considera que este tipo de acciones, noveles al momento de su adopción, evidencian un incremento en el alcance normativo que pueden llegar a tener ciertas decisiones del CS, el cual, a su vez, constituye un factor contribuyente al cambio en la percepción sobre los métodos a emplear por el Órgano para la consecución de su misión primordial.

Otro tanto, puede decirse sobre las obligaciones de desarme impuestas a Iraq a través de la resolución 687 (1991). Como señala Kenneth Manusama³²⁹, dichas obligaciones fueron más allá de aquellas contenidas en los tratados internacionales relevantes en materia de desarme y control de armamentos de los cuales Iraq era parte en ese momento. De tal manera, pudiera argumentarse que el CS alargó también sus poderes legislativos al reemplazar las obligaciones convencionales de Iraq por aquellas que consideró más adecuadas. El citado autor, advierte que este tipo de decisiones pueden ser vistas con cierto recelo jurídico, sobre todo tomando en cuenta que la CIJ estimó en el caso de *Nicaragua* y, confirmó posteriormente en su opinión consultiva sobre el asunto *Armas Nucleares*³³⁰, que no existen otras reglas que limiten el nivel de armamento de un Estado salvo aquellas a las que este haya consentido por medio de tratado o de alguna otra manera. No obstante, considera que en relación al caso que nos ocupa, existen diversos factores mitigantes, entre los cuales señala el uso anterior de armas químicas por parte de Iraq, así como la amenaza de utilizarlas de nuevo; hechos que considera precipitaron la Conferencia de París de 1989 sobre la Prohibición de Armas Químicas. Asimismo, indica que el hecho de que Iraq se había comprometido hasta cierto grado con la Convención sobre Armas Biológicas puede ser considerado como emoliente de la situación. Concluye, que la presencia de estas circunstancias justifica el que el CS haya actuado no solo en conformidad con el Derecho Internacional, sino también de forma progresiva, atendiendo a los desarrollos ocurridos en materia de control de armas químicas y biológicas.

³²⁹ Kenneth Manusama, *Op. Cit.*, pp. 134-136.

³³⁰ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión Consultiva, 8 de julio de 1996, ICJ Reports 1996.

Si bien no se coincide del todo con la interpretación ofrecida por Manusama en cuanto a que la aplicación “progresiva” del Derecho Internacional sea adecuada, parece suficiente el historial bélico de Iraq para justificar las amplias medidas impuestas por el CS a este Estado en materia de desarme si se juzgan como respuesta a la existencia de una auténtica amenaza a la paz y seguridad internacionales. Pese a su carácter progresivo, no es posible calificar a las sanciones armamentistas impuestas a Iraq mediante la resolución 687 (1991) como medidas legislativas, puesto que no reúnen las características que se han señalado como esenciales del acto legislativo, a saber: la unilateralidad del acto en cuestión; entendida como un acto dotado de fuerza jurídica por medio de la cual puede atribuírsele al CS su celebración y, además, la generalidad; entendida como la producción de normas abstractas en cuanto a la indeterminación de sus destinatarios y su susceptibilidad de aplicación repetida en el tiempo.

Como es evidente, aunque las medidas aludidas se originan de un acto unilateral, no puede decirse que sean de naturaleza general, por lo que, a la vez, no pueden considerarse como legislativas. Al igual que en las obligaciones de desarme, en la imposición de la frontera entre Iraq y Kuwait y en general durante la imposición de sanciones económicas al primero, el CS se estaba refiriendo a situaciones específicas y no a actos generales. Además, es importante notar que no impuso obligaciones de manera indiscriminada sino a un Estado específico³³¹. Con todo, aunque ciertamente no es posible afirmar que la emisión de la resolución 687 (1991) constituya un acto legislativo en el sentido en que se ha definido en el presente trabajo, parece posible vislumbrar las causas por las que dicho instrumento puede ser considerado como el punto de partida en la expansión competencial de CS. De tal manera, se considera adecuado realizar algunas precisiones sobre los problemas conceptuales y jurídicos que las medidas contenidas en la resolución aludida representaron en su momento –y que discutiblemente todavía representan-, con el fin de dilucidar las complicaciones a las que dieron origen para ser encuadradas dentro del esquema de la CNU.

Erika de Wet³³², comenta que al crear la CINU, el CS utilizó por primera vez sus poderes implícitos para establecer un órgano subsidiario encargado de cumplir con una función judicial. Aclara, que normalmente los reclamos surgidos de un acto ilícito internacional se regulan a través de un acuerdo entre los Estados partes de la disputa, o

³³¹ Mónica Lourdes de la Serna Galván, *Op. Cit.*, p. 154.

³³² Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, *Op. Cit.*, pp. 358-362.

bien a través de un mecanismo de resolución de conflictos acordado por estos. De Wet considera que la creación del referido organismo puede justificarse acorde a las circunstancias imperantes al final de la guerra del Golfo Pérsico, específicamente: el que el CS consideró tal acción como necesaria para la manutención de la paz y seguridad internacionales, la presunción de legalidad de la que gozan las resoluciones del Consejo y, la consideración de que no podía confiarse en que el régimen iraquí se adhiriera voluntariamente a un régimen de solución de controversias cuya ausencia pudiera haber agravado la situación considerablemente. No obstante, advierte serias irregularidades con respecto al régimen aludido que la llevan a concluir que este, es violatorio de la CNU. Explica, que el procedimiento instaurado por la CINU permitía que se presentasen demandas en contra de un Estado –Iraq-, sin proporcionarle a este los detalles de las mismas y, además, sin darle oportunidad de impugnar su validez. Esta falta de *ius standi* sufrida por Iraq, aunada a la falta de independencia por parte del CS de la que adolecía la CINU, llevan a De Wet a concluir que los actos realizados pueden considerarse como violatorios de los principios de igualdad en la justicia contenidos en el artículo 1(1) de la CNU.

Cabe destacar, que la creación de la CINU cómo un sub-organismo del CS ha sido criticada por diversos autores como un acto *ultra vires*. En este sentido, se advierte una diferencia significativa entre emitir una declaración sobre la existencia de una obligación de pagar compensaciones surgidas como consecuencia de haber incurrido en responsabilidad internacional y, el proceso judicial en sí por medio del cual finalmente se adjudicarían las peticiones de los afectados con respecto del demandado. De tal manera, mientras que puede considerarse que la determinación y la reafirmación de las consecuencias de una violación al Derecho Internacional pueden estar comprendidas dentro de las funciones del CS, la adjudicación de demandas individuales no puede ubicarse dentro de sus competencias ni aun recurriendo a una interpretación de la CNU basada en los poderes implícitos. En apoyo a lo antedicho, puede referirse al artículo 29 de la CNU³³³ que establece que el CS solo puede crear los sub-organismos necesarios para el desempeño de sus funciones. Entonces, solo puede delegar a un organismo subsidiario las competencias que él mismo posee. De tal manera, se coincide con aquellas visiones que consideran que la falta de derechos procesales jurídicos por parte

³³³ El artículo 29 de la CNU establece: El Consejo de Seguridad podrá establecer los organismos subsidiarios que estime necesarios para el desempeño de sus funciones.

del CS parece prevenir la creación de un sub-organismo de naturaleza judicial al amparo de la CNU³³⁴.

Efectivamente, tal y como explica la profesora Soledad Torrecuadrada³³⁵, el alcance de las funciones delegadas a un órgano subsidiario es limitado y siempre ha de responder al ámbito competencial del organismo principal que lo creó. Añade, que mediante la creación de la CINU y la CDFIK, el CS establece e impone órganos subsidiarios dotados de competencias de las que el mismo carece, a saber: aplicar un régimen de responsabilidad a Iraq incluyendo las indemnizaciones derivadas de este y, resolver el conflicto sobre la controversia fronteriza entre Iraq y Kuwait. De acuerdo con la citada autora, ambas acciones resultan materialmente más fáciles de ubicar en el Capítulo VI de la CNU dedicado a la solución pacífica de controversias. De esta forma, se concluye que más que actos legislativos, la creación de los organismos referidos y su puesta en operación, resultan comparables a actos de naturaleza judicial. Tomando en cuenta que el CS carece de las competencias para adjudicar disputas por vía jurisdiccional, así como el hecho de que la CNU lo habilita, mediante las prescripciones contenidas en el Capítulo VI, para instar a las partes de un conflicto a su resolución por medios pacíficos tales como la negociación; la investigación; la mediación; la conciliación; el arbitraje; el arreglo judicial; y, el recurso a organismos o acuerdos regionales, se considera que la creación de los organismos aludidos pretende justificarse mediante un uso excesivo de la doctrina de los poderes implícitos, en cuanto que, existiendo vías más idóneas expresamente previstas en la CNU para la consecución de los fines del CS, este, optó por la adopción de una solución “creativa”, emprendiendo una acción que discutiblemente, no encuadra en el esquema previsto por el tratado fundacional de la ONU.

Por su parte, Kirgis³³⁶ coincide en que resulta harto complicado justificar algunas de las medidas contenidas en la resolución 687 (1991) bajo el Capítulo VII. Una de ellas, la determinación de nulidad e invalidez del desconocimiento del régimen iraquí de su deuda externa, resulta especialmente problemática. Al tomar esta acción, el CS desafió los límites establecidos por el artículo 2(7) de la CNU que prohíbe la intervención de la ONU en asuntos que esencialmente recaen en la jurisdicción doméstica de cada Estado,

³³⁴ Axel Marschik, *Op. Cit.*, p. 9.

³³⁵ Soledad Torrecuadrada García-Lozano, “La Expansión de las Funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Problemas y Posibles Soluciones”, *Op. Cit.*, p. 374.

³³⁶ Frederic L. Kirgis Jr., *Op. Cit.*, pp. 529-531.

en cuanto a que puede argüirse que estaba intentando aplicar acciones que corresponderían al derecho interno. En este sentido, si bien es cierto que las medidas de ejecución del Capítulo VII están exentas de dicha previsión, el citado académico señala que no todas las decisiones adoptadas bajo este apartado poseen dicha naturaleza. De tal suerte, considerando el criterio establecido por la CIJ en el asunto de *Ciertos Gastos*³³⁷, concluye que la medida difícilmente puede caracterizarse como una medida de ejecución, puesto que, de acuerdo con la Corte, una medida de este tipo es aquella que está dirigida a un Estado para que coercitivamente adopte una conducta pacífica. Por otro lado, ante la posibilidad de que el CS no estuviese tratando de aplicar derecho interno, sino de que meramente hubiese considerado la declaración de invalidez sobre el repudio de la deuda iraquí como una sanción, estima esto poco probable puesto que efectivamente una declaración no es una medida y, por ende, no puede ser una sanción. A lo sumo, el CS pudiera haber considerado la conducta de Iraq como una amenaza a la paz y seguridad. No obstante, Kirgis considera esto poco plausible puesto que para ello tendría que considerarse que dicho comportamiento había contribuido significativamente a la causa primaria que desencadenó la acción del CS bajo el Capítulo VII, es decir, la invasión de Kuwait por parte de Iraq.

De igual forma, la creación y labor de la CDFIK han suscitado diversas críticas en cuanto a su legitimidad y difícil acomodo bajo el Capítulo VII de la CNU. En primer lugar, hay quien juzga que, al considerar como un tratado internacional al Acuerdo de 1963, documento sobre cuya naturaleza jurídica o política existía una disputa entre las partes y, al resolver dicha controversia de manera unilateral en virtud del Capítulo VII, el CS claramente excedió sus competencias³³⁸. Por otro lado, incluso reconociendo el carácter de tratado del Acuerdo de 1963, resultaría válido el preguntarse si este efectivamente vinculaba a Iraq y, de ser así, si continuaba vinculándolo al momento de la disputa. Sobre este tema, existe la opinión de que pese a que la resolución 687 (1991) meramente reafirmaba el estatus del Acuerdo de 1963 acorde con el Derecho Internacional, esta, constituyó una intrusión a la soberanía de los Estados contraria al sistema de resolución pacífica de controversias de la ONU. En este sentido, siendo que Iraq cuestionó tanto la frontera impuesta como el Acuerdo, debió haberse atendido su

³³⁷ "Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)", Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C. J. Reports 1962.

³³⁸ Soledad Torrecuadrada García-Lozano, "La Expansión de las Funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Problemas y Posibles Soluciones", *Op. Cit.*, p. 376.

reclamo puesto que su falta de consentimiento sobre al asunto no puede considerarse como favorable a la resolución final del conflicto³³⁹.

En lo particular, se estima poco probable considerar que el CS pueda decidir de manera final una disputa territorial entre dos Estados, ya que cualquier decisión que de manera efectiva transfiriese territorio de un Estado a otro sin la voluntad de una de las partes afectadas, socavaría el principio de igualdad soberana contenido en el artículo 2(1) de la CNU. Erika de Wet, observa que pudiera considerarse plausible que el CS determinase una frontera temporal como medida provisional con base en el artículo 40 de la CNU. De este modo, podría solicitar a las partes en conflicto respetar dicha frontera, lo cual, no alteraría sus derechos territoriales hasta que ambas pudiesen negociar una solución, o bien, esperar la decisión resultante de un procedimiento de solución de controversias al que las dos hubiesen consentido. Para la referida comentarista, la demarcación final de la frontera entre Iraq y Kuwait emitida por la CDFIK solo puede considerarse como legítima si esta se entiende como una demarcación “provisional final”, obligatoria en virtud del Capítulo VII de la CNU hasta que las partes llegasen a un acuerdo, o bien, hubiesen aceptado la demarcación provisional a través de la aquiescencia. Aparentemente, esta última hipótesis fue lo que puso punto final al asunto, ya que tanto Kuwait como Iraq expresaron su aceptación sobre las conclusiones de la CDFIK, si bien este último lo hizo poco más de un año después de que fueron emitidas. Finalmente, parece que no puede obviarse la advertencia que hace De Wet en el sentido de que de no haber sido clara la aquiescencia por parte de ambos Estados, estos, hubiesen estado en libertad de llegar a un acuerdo con respecto a su frontera, debido a que el CS no tiene el poder de alterar los derechos territoriales de un Estado en contra de su voluntad³⁴⁰.

Desde un punto de vista legalista, la interpretación reseñada parece correcta y ciertamente subsana la posible ilegalidad de la determinación de la frontera entre Iraq y Kuwait por parte del CS. No obstante, es mi opinión, que dicha lectura de lo ocurrido pudiera percibirse como un tanto apologética de los actos del CS, puesto que no está claro que su intención inicial haya sido establecer una frontera parcial con el objeto de que esta fuese renegociada o bien confirmada por las partes en conflicto. Como apunta

³³⁹ Kenneth Manusama, *Op. Cit.*, p. 133.

³⁴⁰ Erika de Wet, “The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council”, *Op. Cit.*, pp. 365-367.

la misma De Wet³⁴¹, el propio CS se encargó de declarar, en repetidas ocasiones, que no estaba delimitando una frontera, sino simplemente realizando una demarcación técnica en relación a una frontera previamente establecida. Esto, implica una desestimación inmediata de las pretensiones iraquí, que tal y como han sugerido algunos de los autores reseñados en el presente apartado, equivale a una resolución unilateral de un conflicto fronterizo por parte del CS, acto que en principio resulta fuera de su ámbito competencial, y cuya subsanación se ha posibilitado mediante la aquiescencia de las partes interesadas. Finalmente, parece posible afirmar que las decisiones tomadas por el CS mediante la resolución 687 (1991), difícilmente encuentran acomodo como decisiones ejecutivas tomadas al amparo del Capítulo VII de la CNU y, por ende, resultan ilustrativas del comienzo de un estiramiento competencial del CS que, como habrá de apreciarse, devengaría en la producción de aún más acciones originales por parte del Órgano.

4.3.2 La Creación de Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*: Un grado más en la Concepción Positiva del Mantenimiento y Restauración de la Paz Internacional

Aun y cuando resulta claro que el CS puede y debe de jugar un rol primordial en el mantenimiento de la paz una vez que esta ha sido asegurada en relación a un conflicto armado, la experiencia iraquí resulta ilustrativa de como el empleo de mecanismos regulatorios puede no siempre ser la vía óptima para el desempeño de sus funciones. En el caso de Iraq, dichos mecanismos fueron impuestos a un Estado vencido y recalcitrante, lo cual sirvió más para transformar la dinámica entre dicho Estado y la coalición liderada por los EEUU de un enfrentamiento militar abierto a una confrontación encubierta por el control de las instituciones regulatorias respaldadas por el CS, que para propiciar un marco efectivo para lograr una paz consensuada³⁴². No obstante, el CS volvería a incurrir en el establecimiento de organismos subsidiarios comisionados con la impartición de justicia en un escenario posterior a un conflicto armado. Con la creación de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la Ex Yugoslavia y Ruanda, alargaría nuevamente su ámbito competencial, brindando una nueva dimensión al concepto de amenaza a la paz contenido en el artículo 39 de la CNU al considerar dentro de este rubro a la procuración de justicia en relación con los

³⁴¹ *Ibid.*, p. 365.

³⁴² James Cockayne & David M. Malone, *Op. Cit.*, pp. 388-389.

crímenes internacionales y, respondiendo ante dicha amenaza mediante el establecimiento de tribunales de competencias de largo alcance.

Mediante la resolución 827 (1993)³⁴³ y justificando sus actos bajo el Capítulo VII de la CNU, el CS creó al TPIY con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en la Ex Yugoslavia entre el 1° de enero de 1991 y una fecha a determinar por este una vez restaurada la paz. En cumplimiento de dicho objetivo, decidió también aprobar el Estatuto del TPIY que había sido anexado al informe S/25704 presentado al CS por el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas (SG). Asimismo, decidió que todos los Estados deberían de cooperar plenamente con este Tribunal Internacional y sus órganos, de conformidad con la resolución en comento y su Estatuto. Para tales efectos, los Estados deberían de adoptar las medidas necesarias con arreglo a su derecho interno, incluyendo aquellas que asegurasen la obligación de acceder a las solicitudes de asistencia del Tribunal, así como aquellas que fuesen necesarias para el cumplimiento de sus resoluciones. Además, el CS expresó su profunda alarma por los continuos informes de violaciones generalizadas y flagrantes al derecho internacional humanitario ocurridas en el territorio de la Ex- Yugoslavia. A dicha preocupación, añadió las de los asesinatos en masa, las detenciones y violaciones masivas de mujeres, las prácticas de depuración étnica, y la adquisición y retención de territorio. En consecuencia, determinó que la situación descrita constituía una amenaza a la paz y seguridad internacionales y, por ende, se mostró convencido de que un tribunal penal internacional *ad hoc*, encargado del enjuiciamiento de los responsables de las violaciones referidas, podría constituir una medida eficaz para la restauración y mantenimiento de la paz.

De forma similar, el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para Ruanda (TPIR), fue creado mediante un acto del CS fundamentado en el Capítulo VII de la CNU. A través de la resolución 955 (1994)³⁴⁴, el CS determinó que el genocidio cometido en Ruanda, así como otras violaciones generalizadas, sistemáticas y manifiestas al derecho internacional humanitario ocurridas en dicho Estado, eran constitutivas de una amenaza a la paz y seguridad internacionales. Asimismo, en línea con el caso relativo a la Ex Yugoslavia, consideró que la creación de un tribunal internacional sería un medio efectivo para que, a través del enjuiciamiento de los responsables de las violaciones al

³⁴³ Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 25 de mayo de 1993.

³⁴⁴ Resolución 955 de 1994 del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 8 de noviembre de 1994.

derecho humanitario en territorio ruandés, se contribuyera al restablecimiento y mantenimiento de la paz, objetivo que, en esta ocasión, ligó al proceso de reconciliación nacional. De tal manera, respondiendo a una petición por parte del gobierno de Ruanda, decidió establecer un tribunal penal internacional con el propósito exclusivo de enjuiciar tanto a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda, así como a los ciudadanos de dicho Estado responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994. Además, con este fin, aprobó el Estatuto del TPIR que fue incluido en el anexo de la resolución referida.

De forma análoga a la creación del TPIY, el establecimiento del TPIR también requirió que el CS decidiera que todos los Estados deberían cooperar plenamente con el Tribunal y sus órganos, teniendo esto como consecuencia tanto la obligación de tomar las medidas necesarias de conformidad con su derecho interno para poder responder a sus solicitudes, así como aquellas requeridas para poder cumplir con sus resoluciones. Como es evidente, exceptuando el hecho de que a la creación del TPIR precedió una solicitud por parte del gobierno de Ruanda requiriendo el apoyo del CS para tales efectos, el razonamiento utilizado por este para el establecimiento y fundamentación de ambos tribunales internacionales resulta prácticamente idéntico.

Como puede apreciarse, la cconstitución de ambos tribunales resultó una estrategia sumamente innovadora con respecto a la práctica anterior del CS, misma que partió de una interpretación original del concepto de amenaza a la paz y, que, a la vez, resultó en un ensanchamiento adicional de este término. Aparentemente, al tomar su decisión, el CS no solo consideró las graves violaciones al derecho humanitario internacional y los actos de genocidio como amenazas a la paz, sino que, además, estimó que el no colocar a los responsables de dichas atrocidades frente a la justicia, aún si la comisión de éstas había cesado, constituía, en sí, una amenaza a la paz. En este sentido, se considera que la creación de tribunales penales *ad hoc* para combatir dicha amenaza y, en el caso de Ruanda, para facilitar el proceso de reconciliación nacional, compone una interpretación innovadora del término “paz” en sentido positivo y, que, además, implicó un ensanchamiento de las facultades del CS para interpretar dicho término³⁴⁵.

³⁴⁵ Mónica Lourdes de la Serna Galván, *Op. Cit.*, pp. 167-170.

Para Eric Rosand³⁴⁶, además de innovadora, esta decisión del CS resulta quizá la más controversial que haya tomado con anterioridad a los ataques del 9/11. Señala, que la legitimidad de dichos actos, fue objeto de considerable debate. Este, se centró principalmente en cuestionamientos relativos a si al haber constituido a los Tribunales, así como a sus respectivos Estatutos, el Consejo había ejercido funciones judiciales, en el sentido de que el establecimiento de dichos organismos reviste un mecanismo de adjudicación judicial, y/o legislativas que discutiblemente no poseía. Efectivamente, existen señalamientos en el sentido de que las resoluciones 827 (1993) y 955 (1994) poseen carácter legislativo puesto que el establecimiento de organismos judiciales, normalmente se realiza a través de actos legislativos efectuados, precisamente, por una legislatura. No obstante, es importante notar que los actos referidos no encuadran con el concepto del acto legislativo internacional en cuanto a que no produjeron normas generales y abstractas. Por el contrario, las situaciones con las que se ocupó el CS a través de las resoluciones mencionadas no eran generales, sino específicas. Incluso, ambos Tribunales, lidiaron con las acusaciones de diversos individuos y, además, en el plano internacional, las resoluciones que les dieron origen trataban, cada una, con un solo conflicto³⁴⁷.

En contraste, Kirgis³⁴⁸ considera que los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales efectivamente son de naturaleza legislativa puesto que, pese a que aplican únicamente a una situación existente, están dirigidos a destinatarios indeterminados –los individuos a ser juzgados- y, además, pueden ser aplicados de forma repetida hasta que cada caso justiciable haya sido juzgado. A tales consideraciones, pueden sumarse aquellas que sugieren que las previsiones contenidas en las resoluciones 827 (1993) y 955 (1994) que establecen obligaciones de cooperación para con los Tribunales a todos los Estados, pudieran ser vistas como legislativas en cuanto a que establecieron nuevas reglas que requirieron a algunos de estos cambiar sus procesos legales internos³⁴⁹. No obstante, pudiera considerarse que la instauración de los Tribunales solamente modificó algunas normas de Derecho Internacional indirectamente. Además, incluso dando por sentado el que dichas previsiones poseyeran efectivamente un carácter general y vinculante, debe tomarse en cuenta que carecían de

³⁴⁶ Eric Rosand, *Op. Cit.*, p. 563.

³⁴⁷ Véase: Björn Elberling, *Op. Cit.*, p. 340 y, Mónica Lourdes de la Serna Galván, *Op. Cit.*, pp. 153-154.

³⁴⁸ Frederic L. Kirgis Jr., *Op. Cit.*, p.

³⁴⁹ Eric Rosand, *Op. Cit.*, p. 564.

los elementos de abstracción y permanencia en cuanto a que se encontraban dirigidas a situaciones concretas durante un periodo determinado por la cumplimentación del objetivo para el que fueron promulgadas, a saber, poner fin a la situación que originó la amenaza a la paz y seguridad internacionales³⁵⁰.

Con todo, las preocupaciones suscitadas por el posible ejercicio de poderes legislativos del CS se hicieron presentes incluso antes de la creación del TPIY. En este sentido, resulta ilustrativa la aclaración hecha sobre este tema por el SG en su informe presentado al CS que contenía, además del Estatuto del TPIY, el fundamento legal sobre el cual habría de justificarse su creación³⁵¹. En dicho documento, el SG consideró necesario señalar que al confiar al Tribunal la tarea de enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves al derecho internacional humanitario, el CS no estaría creando normas de Derecho Internacional, ni tratando de “legislar” respecto a este, puesto que el Tribunal Internacional se encargaría únicamente de aplicar el derecho humanitario existente.

Por su parte, Luis Miguel Hinojosa³⁵² observa que dichas consideraciones se encontraban dirigidas a refutar la violación del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Para el citado autor, de todos los actos del CS precedentes a la emisión de la resolución 1373 (2001), el establecimiento de los Tribunales Penales Internacionales es claramente el más legislativo. Explica, que la adopción de los estatutos de los Tribunales, por medio de los cuales se establecieron los crímenes a ser juzgados, así como las normas procesales que han sido utilizadas para tales efectos, tiene que describirse forzosamente como un acto normativo. Incluso, considera que el hecho de que tras la adopción de la resolución 827 (1993), el que dos Estados Miembros del CS hayan expresado su preferencia por establecer el TPIY a través de un tratado, resulta demostrativo de la naturaleza legislativa de la resolución aludida. Ahora bien, aunque por un lado no se concuerda con Hinojosa en cuanto a que este último factor es prueba suficiente de que el establecimiento del Tribunal haya sido efectivamente un acto legislativo, por otro lado, parece significativo el que dentro del informe presentado al

³⁵⁰ Marco Alberto Velásquez-Ruiz, *Op. Cit.*, p. 20.

³⁵¹ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad”, S/25704, 20 de mayo de 1993.

³⁵² Luis Miguel Hinojosa Martínez, “The Legislative Role of the Security Council in its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, nº 2, 2008, pp. 340-341.

CS, el SG se haya dado a la tarea de justificar el por qué la aplicación de la decisión de establecer un tribunal internacional; acto que normalmente se realizaría por medio de la adopción de un tratado, resultaría, en esta ocasión, más rápida y eficaz –como las circunstancias del caso hacían necesario-, si se efectuaba a través de una decisión adoptada por el CS en virtud del Capítulo VII de la CNU.

Por otro lado, Matthew Happold³⁵³ ofrece un punto de vista opuesto al considerar que el establecimiento de los Tribunales Penales Internacionales es un episodio dentro de la práctica del CS que sirve para reafirmar la conclusión de que este no puede legislar. El citado autor, sostiene su aseveración a través de las distintas posiciones expresadas por actores relevantes en la conformación y funcionamiento del TPIY, tales como el propio CS, el SG, y, por supuesto, el propio Tribunal. En primer término, señala que dentro del informe presentado al CS por el SG se enfatizó el carácter del acto por medio del que se instituyó el Tribunal como una medida destinada a mantener o restaurar la paz ante una amenaza concreta –el conflicto en la Ex Yugoslavia-, razón por la cual, su duración, estaba ligada a la cumplimentación de dicho objetivo. En segundo plano, comenta que en la adopción de la resolución 827 (1993), el CS destacó el carácter *ad hoc* de las medidas que estaba tomando para enfrentar una situación de carácter particular. Finalmente, apunta hacia como la propia Sala de Apelaciones del TPIY se encargó de hacer notar la naturaleza instrumental del Tribunal como medida dirigida a la restauración y mantenimiento de la paz en la Ex Yugoslavia.

En lo particular, se encuentra que efectivamente cada uno de los actos mediante los cuales fueron establecidos ambos Tribunales Penales Internacionales puede considerarse como un acto unilateral con importantes implicaciones normativas. No obstante, se concuerda con las visiones que sostienen que el establecimiento de tales órganos debe de ser visto como una respuesta especial a situaciones específicas. Por esta razón, se concluye que la creación de tales sub-organismos no puede entenderse como un acto legislativo. Dicha afirmación, se sostiene tomando en cuenta que a ambos Tribunales se les confirió un mandato jurisdiccional efectivo, limitado en cuanto a su duración y aplicación geográfica. Además, dicho mandato fue dirigido a lidiar con violaciones de normas de Derecho Internacional ya existentes que meramente fueron codificadas a

³⁵³ Matthew Happold, “Security Council Resolution 1373 and the Constitution of the United Nations”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 16, n° 3, 2003, pp. 601-603.

través de los estatutos de los Tribunales³⁵⁴. No obstante, se observa que, aunque las medidas tomadas por el CS a través de las resoluciones 827 (1993) y 955 (1994) carecen de los elementos de generalidad y abstracción necesarios para ser consideradas como legislativas, todavía, su adopción representa dificultades de encuadre dentro del esquema previsto por la CNU.

A través del informe presentado al CS, el SG se encargó de tratar la cuestión relativa a la base jurídica sobre la cual habría de justificarse la creación del TPIY. En primer plano, señaló que este se establecería como una medida destinada a hacer efectivas las disposiciones del CS con arreglo al Capítulo VII de la CNU. Si bien el SG no se ocupó de indicar el artículo específico por medio del cual actuaría el Consejo, resulta evidente que este no podría ser otro que el artículo 41 en cuanto a que la medida en cuestión tendría carácter vinculante y ejecutivo y, además, no implicaría el uso de la fuerza armada, razón por la cual puede descartarse de plano que esta pudiese fundarse en los artículos 40 o 42 respectivamente. Asimismo, el SG observó que la creación del Organismo Judicial en cuestión se realizaría con arreglo al artículo 29 de la CNU y, que este, tendría que estar exento de consideraciones políticas, así como de la autoridad o control del CS en el desempeño de sus funciones. Finalmente, llama la atención el que antes de determinar la base jurídica referida, el SG haya citado como precedente la adopción de la resolución 687 (1991), utilizándola como un ejemplo de ocasiones en que el CS ha adoptado decisiones encaminadas a restablecer y mantener la paz y seguridad internacionales que han requerido la constitución de organismos subsidiarios.

La base jurídica razonada por el SG, fue confirmada en el ya célebre caso *Tadic* cuando la Sala de Apelaciones del TPIY se vio en la necesidad de pronunciarse sobre su propia competencia. En tal asunto, el apelante atacó la legalidad del establecimiento del Tribunal en al menos tres aspectos. Primero, señaló que el establecimiento de dicho Órgano Jurisdiccional no había sido contemplado por los redactores de la CNU como una de las medidas posibles a tomar con base al Capítulo VII tal y como podía desprenderse de los artículos 41 y 42 que detallan dichas medidas. Posteriormente, declaró que el CS se encuentra constitucional o inherentemente impedido para crear órganos judiciales puesto que este fue concebido para ser un órgano ejecutivo y, por lo tanto, carece de poderes judiciales que puedan ser ejercidos por medio de un organismo

³⁵⁴ Daniel H. Joyner, “Non-proliferation Law and the United Nations System: Resolution 1540 and the Limits of the Power of the Security Council”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 20, nº 2, 2007, p. 510.

subsidiario. Finalmente, el apelante consideró que el establecimiento del Tribunal no había promovido, ni era capaz de promover la paz en la Ex Yugoslavia, tal y como lo demostraba la situación imperante en aquel territorio³⁵⁵.

La Sala de Apelaciones del TPIY se encargó sucintamente de rebatir dichos argumentos. Con respecto al primero, la falta de contemplación y mención expresa en la CNU sobre las facultades del CS para establecer tribunales, consideró que la decisión de hacerlo había sido tomada con base al artículo 41 de la CNU. Razonó, que siendo que la lista de medidas contenidas en dicho numeral no es exhaustiva puesto que solamente contiene ejemplos de disposiciones a las que puede recurrir el CS que no impliquen el uso de la fuerza, no es posible considerar que el artículo 41 excluya a otro tipo de medidas tales como la creación de organismos judiciales. En relación al segundo argumento, aquel que sostiene que el CS no puede crear un organismo con poderes judiciales puesto que él mismo carece de estos, el Tribunal lo juzgó como insostenible y derivado de una interpretación fundamentalmente errónea de la estructura constitucional de la CNU. De acuerdo con su razonamiento, la creación del TPIY, no significó que el CS hubiese delegado a este alguna de sus funciones o el ejercicio de algunos de sus poderes puesto que, evidentemente, este no es un órgano judicial ni está equipado con poderes de dicha naturaleza. Asimismo, el acto tampoco implicó una usurpación por parte del CS de poderes judiciales que más bien les corresponden a otros órganos de la ONU de acuerdo con lo dispuesto en la CNU. Finalmente, consideró que el CS recurrió a la instauración de un organismo judicial, el TPIY, como un instrumento para el ejercicio de sus propias funciones consistentes en el mantenimiento y restauración de la paz en el territorio de la Ex Yugoslavia³⁵⁶.

Por su parte, Manusama³⁵⁷ comenta que puede encontrarse una base jurídica más cómoda para la creación del TPIY recurriendo a los poderes implícitos del CS en vez de al artículo 41 de la CNU. Advierte, que, si bien es cierto que la lista de medidas contenidas en el citado numeral no es exhaustiva, ciertamente una medida como la que se refiere no fue contemplada al momento en que se redactó dicho artículo. Por esta razón, considera que la decisión no encaja del todo bien dentro de la premisa básica del artículo 41, a saber: lograr el cumplimiento de las decisiones del CS a través de la

³⁵⁵ IT-94-AR72, Prosecutor v Dusko Tadić a/k/a/ “Dule”, ICTY Appeals Chamber, Interlocutory Judgment on Jurisdiction of 2 October 1995, 32.

³⁵⁶ *Ibid.*, 33-38.

³⁵⁷ Kenneth Manusama, *Op. Cit.*, p. 165.

coerción hacia un Estado con el fin de contrarrestar una amenaza o quebrantamiento a la paz, o bien, un acto de agresión. Añade, que siendo que el Tribunal consideró su establecimiento como una medida apropiada para detener violaciones al derecho humanitario consideradas como una amenaza a la paz, esta, bien pudo haberse justificado con base al artículo 24(1) de la CNU que establece la responsabilidad general del CS. Finalmente, concluye que dar por cierto este razonamiento, tendría como consecuencia el que no pudiera argüirse, como hizo el SG, que el artículo 29 de la CNU fue la base para el establecimiento de tribunales como órganos subsidiarios puesto que este se refiere a funciones específicas del CS. Para el citado autor, la autoridad general de la que goza el CS en función al artículo 7(2) debe de ser vista como la base para la creación de este tipo de organismos subsidiarios.

Erika de Wet³⁵⁸, ofrece una interpretación distinta en cuanto a que considera que el CS delegó a los Tribunales Penales Internacionales sus poderes para tomar decisiones vinculantes para todos los Estados. Explica, que dicha competencia deviene directamente del artículo 29 de la CNU que explícitamente faculta al CS para establecer organismos subsidiarios necesarios para el ejercicio de sus funciones. Concluye, que el artículo 29 posee una función dual. Por un lado, facilita la creación de órganos subsidiarios que pueden ejercer poderes que el propio CS no puede profesar y, por otro, posibilita la delegación del poder del CS para tomar decisiones vinculantes en favor de un determinado organismo subsidiario cuando estas son necesarias para su funcionamiento efectivo en aras de la conservación de paz y seguridad internacionales. Finalmente, considera que, para efectos prácticos, el TPIY determinó que el CS posee un poder implícito derivado de sus poderes expresos contenidos en el artículo 41 de la Carta en cuanto a que entendió su propia creación como una medida necesaria para el desempeño de las funciones del Consejo.

Las diversas opiniones sobre la auténtica fundamentación jurídica utilizada para la creación del TPIY ponen de manifiesto las complicaciones derivadas de tratar de justificar dicho acto bajo el esquema de la CNU. Incluso, brindando la debida consideración tanto al reporte presentado por el SG al CS sobre la creación del Tribunal, así como al razonamiento utilizado por este último en el caso *Tadic*, no puede afirmarse que la controversia en cuanto a la legitimidad de dicha acción se haya dirimido de forma

³⁵⁸ Erika de Wet, “The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council”, *Op. Cit.*, p. 342.

definitiva. En este contexto, la profesora Soledad Torrecuadrada³⁵⁹ califica de ligera e interesada a la argumentación ofrecida por el TPIY en defensa de las excepciones presentadas en *Tadic* sobre el carácter *ultra vires* de su instauración. Dicha ligereza, la explica tomando en cuenta que el Tribunal carece de competencias que le permitan interpretar la CNU o, incluso, los poderes que esta confiere a sus órganos. En cuanto al interés, comenta que se manifiesta en el hecho de que aquel sobre cuya competencia tuvo que pronunciarse el TPIY, fue precisamente su órgano creador por lo que una decisión distinta a la que tomó, hubiese significado su propia desaparición. Con todo, la profesora Torrecuadrada reconoce que el establecimiento de ambos Tribunales Penales Internacionales ha sido la mayor aportación del CS al derecho humanitario.

En lo particular, se comulga con aquellas visiones que juzgan como poco sorpresivo, no obstante, convincente, el que el TPIY considerase su propio establecimiento como legal. De igual forma, se considera correcta la postura que sostiene que el CS no puede delegar poderes de los que el mismo carece, especialmente, si estos dependen de derechos de los cuales no goza. En este sentido, se observa que no existe en la CNU evidencia alguna de que el Consejo pueda ejercer funciones judiciales ni de que tenga el derecho de juzgar sobre la responsabilidad penal de los individuos. De tal suerte, debe entenderse que la urgencia en sí misma no puede justificar conferir poderes a un órgano, sobre todo, tomando en cuenta que tal y como ejemplifican el establecimiento posterior de los Tribunales Internacionales para Camboya y Sierra Leona, existen mecanismos distintos, y tal vez más adecuados para establecer organismos comisionados con la impartición de justicia penal, que una decisión ejecutiva por parte del CS³⁶⁰.

Finalmente, puede apuntarse, que no solo se ha cuestionado la legalidad del establecimiento de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, sino también la falta de suficiencia de los mismos como medio para restaurar y mantener la paz y seguridad internacionales. Sobre este tema, se ha argumentado³⁶¹ que si el CS eligió este camino bien puede ser por falta de disposición o capacidad para enfrentar las causas principales de cada problema. En este sentido, la existencia y operación de ambas instituciones representó diversos problemas entre los que destaca su lentitud, su alto costo y, en el

³⁵⁹ Soledad Torrecuadrada García-Lozano, “La Expansión de las Funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Problemas y Posibles Soluciones”, *Op. Cit.*, p. 378-379.

³⁶⁰ Axel Marschik, *Op. Cit.*, pp. 11-12.

³⁶¹ Pascal Teixeira, “The Security Council at the Dawn of Twenty-First Century: To what extent is it willing and able to maintain International Peace and Security?”, United Nations Institute for Disarmament Research, Suiza, 2003, pp. 77-79.

caso particular del TPIR, su poca efectividad, ejemplificada por las más de 120,000 personas que para el año 2003 tenían más de 7 años encarceladas esperando a ser juzgadas. Junto a los anteriores, se ha señalado como peligro el uso de la justicia para fines políticos. Pascal Teixeira, considera que este fue el caso con respecto a la acusación formulada en contra de Slobodan Milosevic por parte del fiscal del TPIY en el momento en que la intervención militar de la OTAN en la República Federal de Yugoslavia se encontraba en su punto cumbre.

En suma, puede concluirse parcialmente que de forma paralela a la instauración de organismos subsidiarios con capacidades regulatorias como la CINU Y la CDFIK, el establecimiento de tribunales internacionales resulta un indicador del alargamiento de los poderes conferidos al CS en virtud del Capítulo VII de la CNU. Este tipo de acciones, ha dividido las opiniones en cuanto a su pertinencia y legitimidad acorde con la Carta, más no así en cuanto a su carácter innovador. En este sentido, se juzga que dichos actos han sido los primeros eslabones de una serie de acontecimientos que no solo han transformado significativamente lo que se entiende por una amenaza a la paz y seguridad internacionales sino, además, los mecanismos utilizados para salvaguardarlas. De este punto en adelante, habremos de dejar atrás la producción de órganos subsidiarios por parte del CS para adentrarnos en un terreno que hasta la década de los 1990s era virtualmente ajeno a sus quehaceres, pero que, sin embargo, se ha convertido en una de sus mayores preocupaciones desde entonces: el combate al terrorismo internacional. De tal manera, se comprobará que a medida en que se incrementó el interés del CS por ocuparse del combate al terrorismo, este continuó reinterpretando sus poderes de forma creativa hasta el punto en que, al ejercerlos en este ámbito en particular, han sido equiparados con actos legislativos capaces de vincular a la comunidad internacional en su conjunto.

4.3.3 El Incidente de Lockerbie: Un Cambio Paradigmático en la Estrategia de Lucha contra el Terrorismo

En septiembre de 1970, el CS emitió su primera resolución relacionada con la lucha contra el terrorismo, la 286 (1970)³⁶². Dicho instrumento, fue adoptado sin votación y se limitaba a mostrar preocupación por la amenaza a las vidas civiles inocentes que acarrearaba la desviación a mano armada de aeronaves, al tiempo que hacía un

³⁶² Resolución 286 de 1970 del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 9 de septiembre de 1970.

llamamiento a las partes interesadas para poner en libertad inmediata a todas las personas retenidas como resultado de ese tipo de sucesos. Asimismo, el Consejo pedía a los Estados adoptar las medidas jurídicas posibles para impedir nuevas ocurrencias de esa naturaleza. La resolución aludida, es uno de escasos instrumentos que muestran como el involucramiento del CS con la lucha contra el terrorismo durante las cuatro décadas de la guerra fría fue prácticamente inexistente. Tal situación, se generó debido una combinación de factores políticos, pero también estratégicos e institucionales. Por un lado, la política divisiva en relación con el medio oriente entre los EEUU y la Ex Unión Soviética condicionó en todo momento los poco frecuentes intentos del CS por ocuparse del terrorismo. Por otro lado, se observa que en aquellos años existía cierta tendencia de comprender a los movimientos terroristas como una desafortunada, aunque necesaria táctica propia de las luchas de liberación nacional. Ante la existencia de un ambiente político poco favorable en la ONU, aunada a la percepción de la naturaleza local de las amenazas terroristas, la mayoría de los países que las experimentaban, se mostraban reacios a que el CS se ocupase de tales asuntos³⁶³.

Con anterioridad a la década de los 1990s, la práctica del CS relacionada con el terrorismo se limitó principalmente a emitir condenas acerca de ciertos incidentes particulares³⁶⁴ mediante las cuales se circunscribió a calificar dichos actos como criminales, sin llegar a realizar las determinaciones jurisdiccionales necesarias para el despliegue de sus poderes. Durante este tiempo, resultaba claro que la ilegalidad del terrorismo y sus implicaciones negativas para la paz y seguridad internacionales se desprendían de diversas fuentes tales como el artículo 2(4) de la CNU a la luz de la Declaración sobre las Relaciones de Amistad y de Cooperación entre los Estados³⁶⁵, las diversas convenciones antiterroristas desarrolladas al auspicio de la AGNU, el derecho internacional humanitario cuando los actos terroristas ocurrían en tiempo de paz, así como los respectivos ordenamientos penales internos. No obstante, la falta de una

³⁶³ Edward. C. Luck, "UN Security Council. Practice and Promise", *Op. Cit.*, p. 95.

³⁶⁴ Entre dichos incidentes se pueden considerar, entre otros: la emisión de un proyecto de resolución suscrito por los EEUU condenando la toma de rehenes israelíes durante los Juegos Olímpicos de 1972 en el que se condenaba el acto y se realizaba un llamado a los Estados a no acoger ni alentar terroristas, mismo que no fue votado; una declaración emitida en 1979, mediante la que se llamaba urgentemente a la liberación del personal de la embajada estadounidense retenido por estudiantes en Terán, en la que solo se hacía referencia al Derecho Internacional sobre las Relaciones Diplomáticas y no al terrorismo; así como un condenación del asesinato del Presidente libanés en 1989, perpetrado como un acto terrorista en manos de agresores todavía desconocidos. Véase, Kenneth Manusama, *Op. Cit.*, pp. 103-104.

³⁶⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, "Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (A/8082), Resolución 2625 (XXV) de fecha 24 de octubre de 1970.

definición de terrorismo aceptada por la totalidad de la comunidad internacional, en parte debido al vínculo que para algunos Estados existía entre dicho fenómeno y el derecho a la libre determinación, devengaban en un sistema internacional inadecuado para la lucha contra el terrorismo. Sin embargo, dicha percepción comenzaría a cambiar durante la última década del Siglo XX para ser sustituida por una visión en la que independientemente de los objetivos políticos que estos pudiesen perseguir, todos los actos terroristas, en cualquier circunstancia, serían considerados como injustificables³⁶⁶.

En consecuencia con dicho cambio, a través de la emisión de la resolución 1269 (1999)³⁶⁷, el CS condenó inequívocamente a todos los actos, métodos y prácticas terroristas por considerarlos criminales e injustificables, independientemente de su motivación y donde quiera y por quien quiera que sean cometidos, en todas sus formas y manifestaciones, particularmente aquellos que puedan representar una amenaza para la paz y seguridad internacionales. Relativamente poco tiempo después, reafirmando la resolución aludida, el CS emitiría la resolución 1373 (2001), mediante la cual, reafirmaría que todo acto terrorista era constitutivo de una amenaza a la paz y seguridad internacionales, estableciendo así su jurisdicción sobre cualquier incidente de esta naturaleza. No obstante, antes de dar el paso definitivo que significó la adopción de la primera de sus resoluciones legislativas como instrumento para luchar contra el terrorismo, el CS habría de tomar algunas decisiones que constituyen antecedentes a este momento y que, por lo tanto, parece adecuado incluir en el análisis que se intenta desarrollar en relación con el alargamiento de su ámbito competencial.

El 21 de diciembre de 1998, el vuelo 103 de la compañía aérea Pan Am explotó sobre Lockerbie, Escocia; dejando un saldo de 259 pasajeros y 11 residentes locales muertos. Casi tres años después, en 1991, un Gran Jurado en el Distrito de Colombia, EEUU, acusó a dos nacionales libios de haber puesto la bomba que derribó a la referida aeronave. Acto seguido, los gobiernos de los EEUU y el Reino Unido realizaron una declaración conjunta mediante la cual solicitaban la entrega de los sospechosos por parte del Gobierno libio, así como el reconocimiento de su responsabilidad por las acciones de sus agentes, además del pago de las compensaciones adecuadas derivadas del acto criminal. Por su parte, Libia negó las acusaciones al tiempo que expresó su disposición para resolver la disputa en los términos del artículo 33(1) de la CNU,

³⁶⁶ Kenneth Manusama, *Op. Cit.*, pp. 98-104.

³⁶⁷ Resolución 1269 (1999) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 19 de octubre de 1999.

solicitando, además, un procedimiento arbitral en virtud del artículo 14(1) de la Convención de Montreal de 1971. Asimismo, declaró que, si bien la Constitución Libia no permitía la extradición de sus nacionales, estaba dispuesta a conducir procedimientos penales internos en contra de los sospechosos³⁶⁸.

Con posterioridad, el CS emitió la resolución 731 (1992) a través de la cual condenó el acto terrorista. De esta manera, deploró profundamente el hecho de que el Gobierno libio no respondiera de forma efectiva a las peticiones mencionadas. Asimismo, exhortó a Libia a proporcionar de inmediato una respuesta efectiva a dichas peticiones. Por su parte, ésta demandó tanto a los EEUU como al Reino Unido ante la CIJ, alegando que había tomado todas las medidas necesarias para juzgar a sus nacionales de acuerdo con la Convención de Montreal. Adicionalmente, solicitó a la Corte la adopción de medidas provisionales para prevenir el que los Estados demandados tomaran acciones coercitivas en su contra con el fin de que entregase a sus nacionales. Tres días después del cierre de la audiencia relativa a las medidas provisionales, el CS emitió la resolución 748 (1992)³⁶⁹. Actuando en virtud del Capítulo VII de la CNU, decidió que Libia debería de acatar lo dispuesto en la resolución 731 (2001) y cumplir inmediatamente con las peticiones formuladas por EEUU y Gran Bretaña, así como que todos los Estados deberían de tomar las medidas necesarias para aplicar las sanciones en forma de embargos aéreos y armamentistas que para tales efectos había decidido. Tras años de negociaciones, finalmente las partes acordaron que los sospechosos fueran extraditados a los Países Bajos para ser juzgados de acuerdo al derecho penal escocés³⁷⁰.

El incidente de Lockerbie dio lugar a una confrontación entre el CS y la CIJ, misma que ha dejado latente la posibilidad de una revisión a los actos del primero por parte del máximo órgano judicial de la ONU. Dicha temática, será abordada a detalle durante el desarrollo de la tercera parte del presente trabajo. Por ahora, interesa resaltar que la posible revisión judicial de a los actos del CS no ha sido el único aspecto controvertido derivado de las resoluciones 731 (1992) y 748 (1993). En este sentido, se encuentra que las decisiones del CS con respecto al caso Lockerbie no solo dieron lugar a consideraciones sobre un posible uso de facultades legislativas por parte del Órgano, sino que, además, han suscitado cuestionamientos relativos a su legalidad y correcta ubicación dentro del esquema previsto por la CNU.

³⁶⁸ David Schweigman, *Op. Cit.*, pp. 63-64.

³⁶⁹ Resolución 748 (1992) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 31 de marzo de 1992.

³⁷⁰ David Schweigman, *Op. Cit.*, pp. 64-66.

Mediante tales decisiones, el CS impuso a Libia una nueva obligación –la extradición de sus nacionales–, sin tomar en cuenta que dicha acción se encontraba en conflicto con sus obligaciones derivadas de la Convención de Montreal, mismas que se basaban en el principio *aut dedere aut judicare*. Incluso, el CS contravino un tratado multilateral que contenía previsiones específicas para lidiar con la situación que finalmente terminó atrayendo para sí. De tal modo, pasó por alto el hecho de que no solo Libia, sino la mayoría de los Estados que en ese momento integraban al Consejo, formaban parte de dicho tratado. Finalmente, cabe recalcar que el Órgano utilizó sus poderes en virtud del Capítulo VII de la CNU para requerir que todos los Estados tomaran las medidas necesarias para la aplicación de las sanciones impuestas a Libia. Las acciones referidas, han dado lugar a opiniones que sostienen que, en su momento, estas fueron quizá el más claro ejemplo de actividad legislativa por parte del CS³⁷¹.

Como es evidente, en esta ocasión tampoco se cumplen los requisitos básicos de generalidad y abstracción requeridos para calificar a las acciones del CS como legislativas. Al respecto, se advierte que no es posible encontrar en *Lockerbie* indicio alguno de aspiraciones legislativas por parte del CS, puesto que claramente las resoluciones involucradas estaban dirigidas a las acciones y omisiones de un Estado en particular, Libia. Inclusive, éstas formulaban exigencias claras que de cumplirse hubiesen puesto fin al quehacer del Consejo³⁷². Con todo, nuevamente pueden identificarse algunos elementos que evidencian su alargamiento competencial. En primer término, se advierte un uso novedoso del término amenaza a la paz, que le permitió involucrarse una vez más en un ámbito para el que dudosamente fue concebido. En segundo plano, si bien el acto en cuestión no puede calificarse como legislativo, ciertamente es posible detectar sus corolarios normativos. En este sentido, aunque en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 de la CNU pudiera justificarse la circunvalación por parte del CS de las obligaciones libias con base a la Convención de Montreal, la inusitada aplicación del artículo 39 en este caso particular, así como la indiferencia mostrada por el Consejo ante lo que puede describirse como una iniciativa seria por parte de Libia para resolver el conflicto por medios pacíficos, arroja serias dudas sobre la legalidad de sus acciones.

³⁷¹ Eric Rosand, *Op. Cit.*, p. 562.

³⁷² Daniel H. Joyner, *Op. Cit.*, pp. 509-510.

No obstante, debe de considerarse que el hecho de que el CS no haya determinado con anterioridad como una amenaza a la paz la negativa de entregar sospechosos de cometer actos terroristas no implica que dicha determinación sea ilegal *per se*. Tal y como explica Erika de Wet³⁷³, el concepto de amenaza a la paz posee cierto dinamismo que permite su evolución a través de la práctica de los órganos de Naciones Unidas. Añade, que tampoco pueden considerarse como ilegales los actos del CS tomando en cuenta que, al rehusarse a entregar a sus nacionales, Libia estaba actuando conforme a derecho puesto que la existencia de una amenaza a la paz no presupone la violación del Derecho Internacional. Inclusive, indica que había razones fácticas de peso para considerar que efectivamente las acciones de Libia fueron constitutivas de una amenaza a la paz. Entre dichas razones, menciona que el hecho de que los sospechosos fueran agentes libios implicaba que el asunto no involucraba meramente su extradición, sino que pudiera considerarse que se trataba de un caso de terrorismo patrocinado por un Estado, lo que implica una violación al artículo 2(4) de la CNU.

Por otro lado, Manusama³⁷⁴ argumenta que, al demandar la extradición de los sospechosos libios, el CS eligió ignorar tanto la preferencia sistemática por la resolución pacífica de controversias contenida en la CNU, como la regla general consagrada en el artículo 36(3) relativa a la resolución de conflictos y la CIJ. Por ende, el CS actuó de manera inapropiada desde la emisión de la resolución 731 (1992), al socavar la soberanía y libre elección de los medios de solución controversias consagradas en el Capítulo VII de la CNU. Lo que es más, señala que la posición libia también tenía méritos legales. En este sentido, ha sido reconocido por el Derecho Internacional consuetudinario que no existe obligación alguna de extraditar a los nacionales de un Estado a otro. Incluso, la Convención de Montreal permitía a Libia elegir entre la extradición y el enjuiciamiento doméstico de sus nacionales. Además, su solicitud de iniciar un proceso arbitral fue realizada en concordancia con sus obligaciones bajo dicho instrumento. De tal suerte, incluso tomando en cuenta que las decisiones del CS en virtud de Capítulo VII no necesariamente tienen que convenir con el Derecho Internacional, es posible razonar que la demanda de extraditar a los agentes libios fue un acto ilegal en cuanto a que, al realizarla, el CS actuó en contra de los principios contenidos en el artículo 1(1) de la Carta, de acuerdo con el cual la ONU tiene la

³⁷³ Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Op. Cit., pp. 167-168.

³⁷⁴ Kenneth Manusama, *Op. Cit.*, pp. 175-176.

obligación de procurar la resolución pacífica de conflictos de conformidad con la justicia y el Derecho Internacional³⁷⁵.

Así las cosas, si bien las medidas tomadas por el CS en relación con el caso *Lockerbie* parecen tener una mayor correspondencia con aquellas previstas por los redactores de la CNU que aquellas respectivas a los casos de Irak, la Ex Yugoslavia y Ruanda; las razones que llevaron al Órgano a su adopción obligan a cuestionar su pertinencia. En este sentido, si bien en este caso puede construirse la constitución de una amenaza a la paz a través del uso de una doble estrategia o bien considerando un posible efecto derrame, lo cierto es que la existencia de otros métodos para la resolución del conflicto, así como la disponibilidad de Libia para utilizarlos, arroja considerables dudas sobre la idoneidad del uso de sanciones mediante el Capítulo VII de la CNU para inducir al Estado libio a “cambiar” su comportamiento.

El caso *Lockerbie*, resulta ilustrativo de un cambio paradigmático en la práctica del CS con respecto a la lucha contra el terrorismo que se distingue por una variación de lo general a lo específico en su estrategia para lidiar con dicho fenómeno. En este sentido, resulta demostrativo también el involucramiento del CS con el caso relativo al intento de asesinato del entonces Presidente egipcio Hosni Mubarak, ocurrido en Etiopía el 26 de junio de 1995. En esta ocasión, la Organización para la Unión Africana (OUA) había realizado peticiones al Gobierno de Sudán, lugar donde presuntamente se encontraban escondidos los responsables del atentado, para que los extraditase a Etiopía. Ante la falta de respuesta, el CS emitió la resolución 1044 (1996)³⁷⁶, por medio de la cual instó al Gobierno sudanés a adoptar las medidas necesarias para lograr la extradición de los 3 sospechosos refugiados en su territorio. Asimismo, pidió a este que desistiera de llevar a cabo actividades que de cualquier manera apoyasen la realización de actos terroristas. Casi tres meses después, el CS emitió la resolución 1054 (1996)³⁷⁷ mediante la cual determinó que la negativa de Sudán a responder adecuadamente a las peticiones realizadas en la resolución 1044 (1996), constituía una amenaza para la paz y seguridad internacionales. Asimismo, exigió la cumplimentación de dichas peticiones por parte de Sudán, imponiendo para tales efectos sanciones consistentes en la reducción y restricción de su personal diplomático ubicado en el territorio de todos los EMNU.

³⁷⁵ Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Op. Cit., p. 168.

³⁷⁶ Resolución 1044 (1996) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 31 de enero de 1996.

³⁷⁷ Resolución 1054 (1996) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 26 de abril de 1996.

De tal suerte, el amplio alcance de las medidas adoptadas por el CS en relación con los casos arriba reseñados contrasta con la especificidad de los objetivos fijados por el Órgano en función de dichos asuntos. Todavía, el CS realizaría un cambio significativo en sus estrategias de lucha contra el terrorismo internacional, al emitir en dicho contexto resoluciones que no solo prescriben obligaciones de largo alcance, sino que, además, se caracterizan por disponer medidas generales para la totalidad de EMNU, a saber, las resoluciones legislativas. No obstante, previo a la adopción de tales instrumentos, el CS habría de instituir un complejo régimen de sanciones con el objeto de lidiar con el flagelo del terrorismo internacional. Dicha estructura, ha llegado a ser conocida como el Régimen 1267 y constituye, en mi opinión, la antesala jurídica de las resoluciones legislativas del CS. Esto, debido a que como se tratará a continuación, lo que se instituyó como una serie de medidas dirigidas a combatir a un grupo específico de terroristas, evolucionó en un complejo sistema jurídico-administrativo que tiende a la generalidad.

4.3.4 El Régimen de Sanciones 1267: Antesala de las Resoluciones Legislativas

La inclinación del CS por ocuparse de la captura y enjuiciamiento de individuos sospechosos de perpetrar actos terroristas, conllevaría a la adopción de la controvertida resolución 1267 (1999); referencia por antonomasia al tratar el tema del desarrollo de competencias legislativas por parte del Consejo. Dicha resolución, fue adoptada en relación con el auto de acusación dictado contra Usama bin Laden y sus asociados en los EEUU, emitido tras la colocación de bombas en las embajadas de dicho país ubicadas en Kenia y Tanzania, ocurridas el 7 de agosto de 1998. De esta forma, el CS respondía a la negativa talibana de cumplir con la petición de entrega de todos los sospechosos. En consecuencia, impuso diversas sanciones a lo que se refirió como la facción afgana conocida como el Talibán, mismas que a su vez supusieron el surgimiento de obligaciones normativas de largo alcance para todos los EMNU. De tal manera, decidió que todos los Estados deberían de negar la autorización de despegar o aterrizar en su territorio a cualquier aeronave que fuera propiedad o estuviera arrendada por los talibanes. Asimismo, los Estados deberían de congelar los fondos de cualquier otro recurso propiedad de los talibanes, o bien, que estuviese bajo su control directo o indirecto. Finalmente, con el fin primordial de monitorear la implementación de las medidas, el CS decidió crear un Comité (el Comité 1267/el Comité de Sanciones), al

cual facultó para analizar y reportar sobre la información presentada por los Estados con respecto a presuntos terroristas.

Del texto de la resolución 1267 (1999), se desprende que las medidas referidas se encontraban dirigidas concretamente a Usama bin Laden y a la facción afgana conocida como el Talibán que lo apoyaba. Asimismo, la resolución estableció un tiempo de duración determinado para tales sanciones, si bien de forma implícita al mencionar que estas se darían por terminadas una vez que el SG informase al CS que los talibanes habían cumplido con la obligación de entregar a Usama bin Laden a algún país en donde pudiese ser juzgado. *Prima facie*, la resolución 1267 (1999) tampoco reúne las características básicas de generalidad y abstracción necesarias para ser considerada como legislativa. Para ello, requeriría de la indeterminación de los destinatarios de las medidas que impone, así como de la posibilidad de que estas sean aplicadas repetidamente en el tiempo. No obstante, el 19 de diciembre del año 2000, el CS adoptó la resolución 1333 (2000)³⁷⁸ a través de la cual no solamente extendió las medidas en contra de los talibanes, sino que, además, amplió la duración de su aplicación por un periodo de doce meses, al final del cual, de acuerdo con el cumplimiento que estos dieran o no a las decisiones del Consejo, decidiría si las medidas se prorrogarían en las mismas condiciones. Entre las medidas añadidas por el CS, destaca la habilitación del Comité 1267 para preparar y llevar listas actualizadas basadas en la información que suministraran los Estados y las organizaciones regionales, de las personas y entidades que se hubieran indicado como asociadas con Usama bin Laden.

Ya en el año 2007, el régimen instaurado mediante las resoluciones 1267 (1999) y 1333 (2000) había sido ampliado significativamente por el CS a través de la emisión de diversas resoluciones subsecuentes³⁷⁹. Por esta razón, su estructura básica permanecía -y permanece a la fecha- prácticamente intacta. El proceso instaurado a través de dichas resoluciones compone un régimen de sanciones inusualmente detallado e intrusivo, que implica el desempeño de funciones cuasi-judiciales por parte del CS³⁸⁰. De tal manera, la resolución 1267 (1999) y subsiguientes, ejemplifican cómo el CS puede establecer un complejo régimen legal. Aunque el Régimen 1267 todavía se encuentra confinado al

³⁷⁸ Resolución 1333 (2000) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 19 de diciembre de 2000.

³⁷⁹ Específicamente las siguientes: 1364 (2001), 1388 (2002), 1390 (2002), 1452 (2002), 1455 (2003), 1456 (2003), 1526 (2004), 1617 (2005), 1730 (2006) y, 1735 (2006).

³⁸⁰ Craig Forcece, "Hegemonic Federalism: The Democratic Implications of the UN Security Council's "Legislative" Phase", *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 38, n° 2, 2007, pp. 186-187.

terrorismo emanado de Al-Qaida, éste, evolucionó de una situación originalmente local a una continente de obligaciones más generales. Tan es así, que ha sido extendido para luchar contra nuevas amenazas terroristas, representadas en grupos de relativamente reciente aparición como el Estado Islámico de Iraq y Levante (EIIL) y el Frente Al-Nusra (FAN)³⁸¹. De tal suerte, aunque dicho régimen no constituye ejemplo de legislación general no específica, ciertamente resulta ilustrativo de las dificultades que pueden surgir cuando el CS crea un sistema que interfiere directamente con los derechos de los individuos³⁸².

Dos semanas después de los ataques del 9/11, el CS emitió la resolución 1373 (2001). Aunque dicho instrumento fue adoptado por unanimidad, es preciso tomar en cuenta que las circunstancias bajo las que se votó, específicamente la gravedad de los ataques cometidos, así como la inmediatez con que el CS respondió a estos, puesto que devengaron en que la resolución fuera aprobada sin mayor escrutinio. En este contexto, el CS produjo por primera vez una resolución en la que determinaba que “cualquier” acto terrorista era constitutivo de una amenaza a la paz, lo cual, indica su intención de que esta permanezca vigente sin limitaciones temporales ni geográficas³⁸³.

Mónica de la Serna³⁸⁴, identifica tres problemas derivados de la apresurada adopción de la resolución 1373 (2001). Primero, al considerar a cualquier acto terrorista como una amenaza a la paz, el CS por primera vez en la historia, actuó como un legislador internacional al crear reglas para situaciones abstractas en vez de para casos concretos. Segundo, al no definir dentro de la resolución aludida lo que se entiende por “terrorismo”, “terroristas”, “terrorismo internacional” o “actos terroristas”; el CS determinó que actos indefinidos, así como aún no ocurridos, eran constitutivos de una amenaza a la paz. Finalmente, al imponer medidas y obligaciones a todos los Estados, y no a alguno en particular, ensanchó sus poderes declarando a un fenómeno abstracto como una amenaza a la paz. Incluso, la resolución aludida impuso obligaciones a todos los Estados -que en muchos casos implicaban la modificación de sus respectivas legislaciones internas-, aún y cuando muchos de estos ni siquiera estaban relacionados con el fenómeno terrorista. Por tales razones, se coincide con la citada comentarista en

³⁸¹ Véase: Resolución 2199 (2015) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 2 de febrero de 2015, párrafo operativo 2.

³⁸² Axel Marschik, *Op. Cit.*, pp. 13-14.

³⁸³ Mónica Lourdes de la Serna Galván, *Op. Cit.*, p. 176-178.

³⁸⁴ *Ibid.*

cuanto a que el alcance *rationae personarum*, *ratione loci*, y *ratione temporis* de la resolución 1373 (2001), parece ser esencialmente ilimitado.

Algunos años después, el CS emitió la resolución 1540 (2004) en relación con la no proliferación de ADM. De tal manera, determinó que la proliferación de armas nucleares, químicas y biológicas, así como de sus sistemas vectores, constituía una amenaza a la paz y seguridad internacionales. Actuando en virtud del Capítulo VII de la CNU, decidió que los Estados deben abstenerse de suministrar cualquier tipo de apoyo a los agentes no estatales que traten de desarrollar, adquirir, fabricar, poseer, transportar, transferir o emplear armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores. Asimismo, decidió que los Estados deben adoptar y aplicar leyes apropiadas y eficaces que prohíban a todos los agentes no estatales la fabricación, la adquisición, la posesión, el desarrollo, el transporte, la transferencia o el empleo de armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores, en particular con fines de terrorismo, así como las tentativas de realizar cualquiera de las actividades antes mencionadas, participar en ellas en calidad de cómplices, prestarles asistencia o financiarlas. Igualmente, decidió que todos los Estados deben adoptar y hacer cumplir medidas eficaces para instaurar controles nacionales a fin de prevenir la proliferación de las armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores, incluso estableciendo controles adecuados de los materiales conexos.

Como puede apreciarse, las medidas adoptadas comparten las características de unilateralidad, abstracción, generalidad y atemporalidad de aquellas impuestas mediante la resolución 1373 (2001). Inclusive, la resolución 1540 (2004) también emuló a su predecesora al establecer un órgano subsidiario para monitorear el cumplimiento de sus previsiones. Sin embargo, esta última posee una importante diferencia en cuanto a su forma debido a que contiene definiciones de los términos en ella empleados para efectos de la propia resolución, como si de una ley se tratara. De tal manera, mediante la resolución en comento, el CS nuevamente había identificado un peligro abstracto como una amenaza a la paz y seguridad internacionales. Asimismo, una vez más había establecido obligaciones generales y abstractas para todos los Estados con el fin de combatir la amenaza identificada. Incluso, puede considerarse que al adoptar la resolución 1540 (2004), el CS dio un paso más adelante en el desarrollo de sus competencias legislativas, puesto que, si bien a través de la resolución 1373 (2001) este se había referido ya a los ataques terroristas de forma abstracta, podría razonarse que

dicho instrumento se encontraba todavía ligado a un acontecimiento particular –los ataques del 9/11–, mientras que, por el contrario, la resolución 1540 (2004), lidiaba con la no proliferación de ADM únicamente de manera abstracta³⁸⁵.

Además de las diferencias referidas, es posible encontrar divergencias significativas en los respectivos procesos de adopción de ambas resoluciones. Pese a que la gran mayoría de los destinatarios de la resolución 1373 (2001) no fueron consultados acerca de las medidas que por medio de dicho instrumento habrían de imponérseles, puede considerarse que por lo menos en su etapa inicial, estas gozaron de gran aceptación por parte de los Estados ya que para el año 2003, todos los Miembros de Naciones Unidas habían entregado su primer reporte de implementación³⁸⁶. Por el contrario, la resolución 1540 (2004) fue recibida entre opiniones encontradas. Paradójicamente, esta última fue adoptada en condiciones muy distintas a aquellas imperantes durante la emisión de la resolución 1373 (2001). Resulta notable, el que previo a la adopción de la resolución 1540 (2004), se hayan sostenido negociaciones informales durante aproximadamente 5 meses. De tal modo, numerosos Estados no Miembros del CS tuvieron la oportunidad de participar en el proceso de redacción. Incluso, el CS sostuvo dos reuniones formales. En la primera de ellas, 34 oradores representantes de distintas regiones geográficas expusieron sus puntos de vista con respecto al texto de la resolución. La situación aludida, contrasta fuertemente con el proceso de adopción de la resolución 1373 (2001), del cual, solo quedan como evidencia el borrador y el acta de la reunión en que fue votada, misma de la que se desprende que no hubo discusión alguna sobre ningún aspecto de la resolución³⁸⁷.

No obstante, las posturas emitidas por aquellos Estados que participaron en las reuniones referidas, reflejan actitudes discordantes que oscilan entre la total aceptación al rol legislativo del CS y la preocupación hacia la tendencia mostrada por este de asumir poderes legislativos. La mayoría de los Estados occidentales acogieron la adopción de la resolución 1540 (2004) con beneplácito. Por su parte, Estados como Japón y la República de Corea, aceptaron el rol legislativo del CS para el caso en particular, no obstante a que manifestaron que al asumir funciones legislativas, este debería de actuar con cautela. Por otro lado, México mostró preocupación de que

³⁸⁵ Björn Elberling, *Op. Cit.*, p. 339.

³⁸⁶ Marco Alberto Velásquez-Ruiz, *Op. Cit.*, p. 24.

³⁸⁷ Roberto Lavalle, "A Novel, if Awkward, Excercise in International Law Making: Security Council Resolution 1540 (2004), *Netherlands International Law Review*, vol. 51, n° 3, 2004, pp. 411-437.

pudiese considerarse a la resolución en comento como un precedente. A la vez, Suiza recalcó que obligaciones como las contenidas en la resolución 1540 (2004) deberían de asumirse normalmente por la vía convencional, por ello, el CS únicamente debería de ejercer funciones legislativas en situaciones de emergencia³⁸⁸. Con todo, la crítica más contundente fue presentada por el Gobierno de la India, el cual rechazó el rol legislativo del CS e incluso, señaló que no aceptaría obligaciones no consistentes con su soberanía e intereses nacionales que fuesen prescritas de manera externa sin importar la fuente de la cual hubiesen provenido³⁸⁹. Con todo, siendo que la afirmación por parte de la India fue redactada en tiempo futuro, difícilmente puede considerarse como un franco rechazo a las medidas contenidas en la resolución 1540 (2004). Sin embargo, tales declaraciones resultan indicativas de que no todos los Estados aceptan por completo el rol legislativo asumido por el CS³⁹⁰.

Independientemente de las diferencias reseñadas, ambas resoluciones guardan importantes similitudes que permiten distinguirlas tanto de cualquier resolución antes emitida por el CS, como también caracterizarlas como las primeras resoluciones legislativas del Órgano. Ambas, contienen el rasgo distintivo de cualquier instrumento que pueda considerarse como legislación internacional, a saber: el carácter general y abstracto de las obligaciones impuestas. Tales obligaciones pueden estar relacionadas, o haber sido propiciadas por algún evento, situación o conflicto en particular, pero no se encuentran circunscritas a estos. Por el contrario, están redactadas en lenguaje neutral, aplican a un número indefinido de casos, y no contienen limitaciones temporales. Inclusive, este nuevo tipo de resolución legislativa o genérica, no contiene el nombre de ningún Estado, sociedad o grupo de personas. Por tales motivos, aún y cuando ciertas resoluciones como aquellas por medio de las cuales se establecieron e hicieron operativas la CINU, la CDFIK, el TPIY y el TPIR han sido señaladas en la literatura como actos legislativos, no fue sino hasta la emisión de las resoluciones 1373 (2001) y 1540 (2004) que los Estados comenzaron a utilizar el término legislación internacional³⁹¹.

³⁸⁸ Véase: 4950ª Sesión del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 22 de abril de 2004, Documento Oficial de la ONU S/PV.4950

³⁸⁹ Carta de fecha 27 de abril de 2004 del Representante Permanente de la India ante la Organización de las Naciones Unidas dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad, Documento Oficial de la ONU S/2004/329 de fecha 28 de abril de 2004.

³⁹⁰ Axel Marschik, *Op. Cit.*, pp. 17-18.

³⁹¹ Stefan Talmon, *Op. Cit.*, pp. 175-177.

Adicionalmente, es posible identificar tres aspectos que denotan un cambio paradigmático en la práctica del CS. El primero de ellos, radica en que, con anterioridad a la adopción de las resoluciones legislativas, el CS solo había utilizado sus poderes en virtud del Capítulo VII para lidiar con situaciones específicas. En este sentido, resulta ilustrativo el caso *Lockerbie* puesto que, en dicha ocasión, respondió ante una amenaza a la paz constituida por la negativa de un solo Estado a cumplir con sus disposiciones. El segundo aspecto, consiste en que previo al surgimiento de las resoluciones legislativas, todas las sanciones impuestas por el CS habían sido aplicadas con un propósito en particular, específicamente, asegurar el cumplimiento de sus disposiciones por parte de algún Estado. Consecuentemente, éstas se encontraban limitadas acorde con dicho propósito, lo cual les proporcionaba una duración cierta en el tiempo, ya fuera explícita o implícitamente. En este sentido, es demostrativo que aun y cuando a través del Estatuto del TPIY, el CS impuso obligaciones a todos los Estados que formalmente pudieran ser consideradas como legislativas, estas, surgieron limitadas por una situación específica –el conflicto en la Ex Yugoslavia– y, asimismo, restringidas a un periodo de tiempo determinado –el juzgamiento de todos los casos justiciables. Finalmente, antes de la emisión de las resoluciones legislativas, el CS jamás había instituido un amplio conjunto de normas con el objeto de regular áreas de las que tradicionalmente se habían ocupado los Estados. A lo mucho, llegó a imponer, si bien en múltiples ocasiones, obligaciones que requirieron a los Estados modificar su legislación interna. Cabe recordar que en relación al establecimiento del TPIY, suceso que requirió cambios en la legislación doméstica de los Estados, el SG recalcó que, al instaurar dicho Organismo, el CS no estaría creando normas nuevas, sino meramente aplicando el derecho existente³⁹².

Se observa que frecuentemente se define a las resoluciones legislativas como aquellas que no consideran una situación o conflicto específico, no determinan una limitante temporal para su vigencia, no están dirigidas a un Estado en particular³⁹³ y, además, generan obligaciones internacionales totalmente nuevas³⁹⁴. De tal manera,

³⁹² Eric Rosand, *Op. Cit.*, pp. 567-569.

³⁹³ Véase: Bart Smit Duijzentkunst, “Interpretation of Legislative Security Council Resolutions”, *Utrecht Law Review*, vol. 4, n° 3, 2008, pp. 193-194; Craig Force, *Op. Cit.*, pp. 188-189; Jan Wouters & Jed Odermatt, *Op. Cit.*, pp. 4-5; Mónica Lourdes de la Serna Galván, *Op. Cit.*, p. 180; Paul Szasz, *Op. Cit.*, pp. 901-902.

³⁹⁴ Véase: Bart Smit Duijzentkunst, *Op. Cit.*, p. 193-194; Luis Miguel Hinojosa Martínez, “The Legislative Role of the Security Council in its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits”, *Op. Cit.*, p. 342; Paul Szasz, *Op. Cit.*, pp. 901-902.

parece importante recordar que pese a que al redactar la resolución 1373 (2001), el CS extrajo algunas previsiones del CIRFT, este no había sido ratificado por la totalidad de los EMNU, razón por la cual, no todos estaban obligados por sus disposiciones en aquel momento. Incluso, como ya se ha hecho mención, el CS mantuvo algunos de los presupuestos contenidos en dicho instrumento y modificó otros tantos de acuerdo a su propio criterio. En este sentido, se coincide con Luis Miguel Hinojosa³⁹⁵ cuando señala que a partir de la adopción de la resolución 1373 (2001) no puede sostenerse el argumento de que en su actuar, el CS está limitado a la codificación de derecho preexistente –como pudiera considerarse con respecto a los Estatutos del TPIY y del TPIR-, puesto que por lo menos algunas de las obligaciones contenidas en dicha resolución, eran totalmente nuevas. Asimismo, se comulga con la observación realizada por Paul Szasz³⁹⁶ cuando advierte que el hecho de que CS no haya inventado las obligaciones contenidas en la resolución aludida, sino que, por el contrario, las haya basado vagamente en algunas resoluciones anteriores de la AGNU, o bien claramente en el ya referido CIRFT, carece de relevancia jurídica.

Por su parte, tomando en cuenta la generalidad de los destinatarios de la resolución 1373 (2001), así como el hecho de que esta carece de limitaciones temporales y geográficas, José Alvarez³⁹⁷ afirma que dicho instrumento representa lo más cercano que existe a una verdadera acción legislativa dentro del derecho internacional institucional³⁹⁸. Dicha acción, la define como aquella que es vinculante, que está respaldada por la auténtica posibilidad de una sanción coercitiva, que afecta a todos los actores relevantes y, que puede aplicarse repetidamente en instancias comparables. De tal modo, es posible reiterar que las resoluciones legislativas del CS poseen las tres características del acto legislativo como han sido definidas para efectos del presente estudio: Primero, fueron creadas mediante un acto unilateral; segundo, dicho acto posee fuerza legal puesto que modificó o creó normas jurídicas, y; tercero, dichas normas son generales en cuanto a que se dirigen a sujetos indeterminados y son susceptibles de aplicación repetida en el tiempo. Con todo, debe matizarse la afirmación de Alvarez en el sentido de que las resoluciones conllevan la posibilidad de una sanción coercitiva. Se observa, que el CS ha procurado el cumplimiento de las resoluciones que se tratan a

³⁹⁵ Luis Miguel Hinojosa Martínez, “The Legislative Role of the Security Council in its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits”, *Op. Cit.*, p. 342.

³⁹⁶ Paul Szasz, *Op. Cit.*, pp. 902-903.

³⁹⁷ José E. Alvarez, “International Organizations as Law-Makers”, *Op. Cit.*, pp.196-197.

³⁹⁸ José Alvarez utiliza el término en inglés “law-making”, Véase, *Ibid.*

través de métodos estructurados con base a la cooperación y asistencia, al desarrollar una serie de instrumentos para fortalecer el cumplimiento de sus decisiones. No obstante, aunque poco probable, subsiste la posibilidad de sancionar a un Estado que manifiestamente desatienda sus obligaciones derivadas de dichos instrumentos.

Entonces, es posible considerar que al emitir las resoluciones 1373 (2001) y 1540 (2004), el CS ha ejercido ya poderes legislativos. Estos, se entienden como aquellos que le permiten la promulgación de normas generales y abstractas directamente vinculantes a todos los EMNU cuyo objeto no es imponer la paz en una crisis política específica, sino regular derechos y obligaciones de los Estados en asuntos de mayor amplitud, con efectos indefinidos o a largo plazo³⁹⁹. Sin embargo, el ejercicio de competencias legislativas por parte del CS ha dividido no solo las opiniones doctrinales, sino también las de algunos de los Estados que han sido sujetos a sus disposiciones. En este contexto, es posible ubicar tres problemas principales de los cuales se desprenden importantes corolarios. En primer término, la fuerza legal de la que se encuentra dotado cualquier acto legislativo debe de provenir de una norma superior por medio de la cual se faculta al órgano legislador para realizar dicho acto⁴⁰⁰. Por lo tanto, queda por verificarse si efectivamente existe algún precepto contenido dentro del régimen instaurado por la CNU que permita al CS la celebración de actos legislativos. En segundo plano, la existencia de un acto legislativo a nivel internacional suscita importantes cuestionamientos en cuanto a posibles modificaciones en las normas del Derecho Internacional que permiten la generación de nuevas obligaciones. En este sentido, será necesario reflexionar acerca de si las resoluciones legislativas del CS se encuentran gobernadas por el derecho de los tratados o, si, por el contrario, constituyen una fuente autónoma de Derecho Internacional que se ha alejado considerablemente de la base consensual que lo identifica. Finalmente, en tercer lugar, se encuentra que, aunque no es una característica esencial de las mismas, las resoluciones legislativas incluyen disposiciones capaces de afectar directamente a los individuos que provocan dudas sobre la idoneidad del CS para actuar como un legislador internacional en cuanto a que la experiencia demuestra que han sido promulgadas y aplicadas con serias deficiencias en materia de protección a los DDHH.

³⁹⁹ Axel Marschik, *Op. Cit.* p. 5.

⁴⁰⁰ Nicholas Tsagourias, "Security Council Legislation, Article 2(7) of the UN Charter and the Principle of Subsidiarity", *Adam Smith Research Foundation Working Paper Series 2011:05*, 2011, p. 3.

La problemática descrita, adquiere mayor relevancia tomando en cuenta que la emisión de resoluciones legislativa por parte del CS, al menos en relación con el combate al terrorismo internacional, pudiera estar consolidándose como una práctica del Órgano. Esto, a su vez, tendría como corolario el que esta fuese considerada como parte de las “reglas de la organización” tal y como se define en el artículo 2(1)(j) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales⁴⁰¹. Esta cuestión, será abordada con mayor detalle en el apartado relativo a los límites del CS para adoptar resoluciones legislativas. Por el momento, basta decir que la duda surgida tras la adopción de la resolución 1373 (2001) en el sentido de que dicho acto pudo haber constituido un incidente aislado sin mayores consecuencias, parece haberse diluido por completo una vez que se emitió la resolución 1540 (2004)⁴⁰². Inclusive, ya en el año 2006, Stefan Talmon⁴⁰³ afirmaba que el CS había legislado en cuatro ocasiones, siendo dos de estas las relativas a las resoluciones que se han reseñado. Las otras dos, se refieren a las resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003) mediante las cuales el CS solicitó a la CPI no ejercer su jurisdicción con respecto de personal participante en alguna misión establecida o autorizada por la ONU proveniente de un Estado no parte del Estatuto de la Corte.

Inclusive, el CS emitió recientemente una nueva resolución legislativa vinculada al combate al terrorismo. Lo mismo que las resoluciones 1373 (2001) y 1540 (2004), la resolución 2178 (2014), el más reciente instrumento legislativo del Consejo, se relaciona estrechamente con el Régimen 1267. Esta nueva resolución, fue adoptada con fecha del 24 de septiembre del 2014 y refleja la preocupación del Consejo por el reclutamiento de combatientes terroristas extranjeros a manos del EIIL, el FAN, y otras células y entidades afiliadas o grupos escindidos o derivados de Al-Qaida. La resolución en comento, contiene un amplio preámbulo moldeado por más de diez años de involucramiento del CS con el terrorismo internacional. En este, se alude entre otras cosas a la necesidad de cooperar con otros organismos internacionales para erradicar el fenómeno del terrorismo global, a la preocupación por el uso de nuevas tecnologías por parte los diversos grupos terroristas, y a la obligación de los EMNU de cumplir con el

⁴⁰¹ El artículo 2(1)(j) de la Convención de Viena establece: se entiende por "reglas de la organización" en particular los instrumentos constitutivos de la organización, sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con éstos y su práctica establecida.

⁴⁰² Axel Marschik, *Op. Cit.*, p. 19.

⁴⁰³ Stefan Talmon, *Op. Cit.*, pp. 177-178.

Derecho Internacional –especialmente el relativo a los DDHH y el derecho humanitario– al adoptar medidas para el combate al terrorismo.

Tales consideraciones, reflejan la evolución en las estrategias antiterroristas del CS producto del desarrollo y la expansión del Régimen 1267, en cuanto a que evidencian la ampliación en la gama de aspectos relativos al combate al terrorismo internacional que el Comité 1267, inicialmente configurado para supervisar la implementación de sanciones a un puñado específico de destinatarios, ahora debe abordar. Adicionalmente, denotan un incremento en la conciencia del CS con respecto a los malestares generados en ciertos círculos motivo de las deficiencias en materia de DDHH asociadas con la implementación de sus sanciones antiterroristas. Por ello, en la ampliación y ejecución de sus más recientes estrategias, el CS ha procurado que, contrario a lo sucedido al momento de adoptar la resolución 1267 (1999), estas se desarrollen en torno a una mayor consideración de los DDHH que son susceptibles de afectar. Por ello, serán tratadas con mayor detalle en el apartado inmediatamente posterior al presente. No obstante, se juzga que de la parte operativa de la resolución 2178 (2014) se desprenden características que permiten clasificarla como legislativa en el sentido definido en la presente sección, razón por la cual, nos ocuparemos de ellas a continuación.

Mediante la resolución 2178 (2014), el CS decidió que los EMNU deberán prevenir y reprimir el reclutamiento, la organización, el transporte o el equipamiento de las personas que viajan a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad para cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o para proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo, y la financiación de sus viajes y actividades. Asimismo, el CS decidió que los EMNU deberán tipificar delitos graves mediante los cuales se pueda enjuiciar y sancionar adecuadamente este tipo de actos. De igual forma, decidió que sin perjuicio de la entrada o tránsito necesarios para hacer avanzar un proceso judicial, incluso un proceso relacionado con el arresto o la detención de combatientes terroristas extranjeros, los Estados Miembros impidan la entrada en su territorio o el tránsito por él de toda persona sobre la cual ese Estado tenga información fidedigna que ofrezca motivos razonables para creer que está tratando de entrar a su territorio, o transitar por él, con el propósito de participar en actividades relacionadas con los combatientes terroristas extranjeros incluyendo, además de las ya mencionadas; la provisión o recaudación intencionales de fondos para participar de

cualquier modo en actos terroristas y, además, la organización de viajes de personas con fines de reclutamiento y adiestramiento para la comisión de actos terroristas.

Además de incluir las nuevas obligaciones referidas, la resolución 2178 (2014) reitera aquellas relativas a la represión para la financiación del terrorismo impuestas a través de la resolución 1373 (2001). Del mismo modo, alude a la resolución 1624 (2005) misma que, como se ha apuntado con anterioridad⁴⁰⁴, la profesora Torrecuadrada señala como poseedora de características legislativas. Se recordará, que mediante dicha resolución se inició la vía para la persecución de la apología al terrorismo. En relación a este par de resoluciones, el CS solicitó al Comité contra el Terrorismo (CCT) que en el marco de su mandato determinase cuales son las principales carencias que tienen los Estados para aplicarlas, puesto que, el no hacerlo correctamente pudiera obstaculizar su capacidad para frenar el flujo de combatientes terroristas extranjeros. Asimismo, observó que los combatientes terroristas extranjeros y quienes financian o facilitan de alguna manera sus viajes y actividades ulteriores pueden llegar a reunir los requisitos para su inclusión en la lista relativa a las sanciones contra Al-Qaida del Comité establecido en virtud de las resoluciones 1267 (1999) y 1989 (2011)⁴⁰⁵. Como puede apreciarse, la estructura de la resolución 2178 (2014) pone de manifiesto la sinergia que pretende lograr el CS en su estrategia para el combate al terrorismo internacional puesto que denota los vínculos, así como la continuidad que mediante estos se pretende lograr, con el resto de las resoluciones relativas al combate del terrorismo internacional.

Así las cosas, es posible percatarse de que la mayoría de las resoluciones legislativas que hasta ahora ha emitido el CS no fueron tomadas de forma aislada ni excepcional, sino como parte de un complejo entramado de disposiciones que, junto con las resoluciones pertenecientes al Régimen 1267, tienen como objetivo coordinar y homologar los esfuerzos mundiales en la lucha contra el terrorismo mundial. Por esta razón, se ha decidido dedicar el siguiente apartado para describir con mayor detalle las características del Régimen 1267. De esta forma, se comprobará que no es necesario que el CS emita resoluciones legislativas *per se* para que instituya complejos regímenes normativos capaces de suscitar las colisiones entre los distintos planos jurídicos – nacional, regional e internacional-, mismas sobre las cuales se comentará en la tercera parte del presente trabajo.

⁴⁰⁴ *Supra* nota 16.

⁴⁰⁵ Resolución 1989 (2011) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 17 de junio de 2011.

5. Aplicación y Posible Control de las Resoluciones Legislativas al Ámbito de la Lucha Global contra el Terrorismo

El 7 de agosto de 1998 murieron 224 personas como consecuencia de los bombardeos perpetrados contra las embajadas estadounidenses en Kenia y Tanzania. Ante la sospecha de involucramiento de Usama bin Laden en dichos atentados, una Corte de Distrito en los EEUU emitió una orden de aprensión en su contra en noviembre de ese mismo año. En aquel tiempo, se pensaba que Bin Laden residía en Afganistán, país que en ese entonces se encontraba devastado por la guerra civil y en donde la facción conocida como el Talibán controlaba el 90% de su territorio. Adicionalmente, EEUU solicitó su extradición a Afganistán. Con posterioridad, y ante la negativa del régimen Talibán de extraditarlo, el CS emitió la resolución 1214 (1998)⁴⁰⁶ a través de la cual le exigió que dejara de proveer santuario y entrenamiento para terroristas internacionales. Asimismo, demandó que todas las facciones afganas cooperaran para llevar a los terroristas acusados ante la justicia. Tiempo después, ante el incumplimiento afgano de dichas demandas, el CS emitió la resolución 1267 (1999) a través de la cual determinó que tal inobservancia constituía una amenaza para la paz y seguridad internacionales⁴⁰⁷.

Mediante la resolución 1267 (1999), el CS exigió a los talibanes la entrega de Usama bin Laden a las autoridades competentes de un país en donde pudiera ser juzgado. Para tales efectos, decidió que todos los Estados negarían la autorización de despegar de su territorio o aterrizar en él a cualquier aeronave relacionada con los talibanes. Asimismo, habrían de congelar los fondos y otros recursos financieros de los talibanes según los designase el Comité 1267. No obstante, pese al hecho de que Bin Laden fue abatido en el año 2011 por tropas estadounidenses⁴⁰⁸ y a que han pasado más de 17 años de la emisión de la resolución 1267 (1999), esta no solo continúa vigente, sino que, además, ha dado lugar al surgimiento de un complejo régimen de sanciones que se ha expandido y consolidado por medio de la emisión de cerca de una treintena de resoluciones interrelacionadas con el combate al terrorismo.

⁴⁰⁶ Resolución 1214 (1998) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 8 de diciembre de 1998.

⁴⁰⁷ David Schweigman, *Op. Cit.*, pp. 146-147.

⁴⁰⁸ Peter Baker, *et. al.*, "Bin Laden is Dead, Obama Says", *The New York Times*, EEUU, 1 de mayo de 2011, disponible en http://www.nytimes.com/2011/05/02/world/asia/osama-bin-laden-is-killed.html?_r=0.

El régimen antiterrorista al que se alude se aleja de la práctica anterior del CS en varias maneras. En primer término, se observa que dicho régimen es parte de una amplia tendencia en el Derecho Internacional consistente en la regulación de actores no estatales y en la desaparición de la distinción entre lo público y lo privado. Asimismo, al expandir la interpretación del término “amenaza a la paz y seguridad internacionales”, el régimen antiterrorista ejemplifica el debate relativo al papel que juega el CS en la reconstrucción del Derecho Internacional, así como aquel concerniente a su habilidad de actuar como un legislador global. En este sentido, puede considerarse que el régimen antiterrorista del CS constituye evidencia clara de la transformación que ha sobrevenido al Órgano de artífice de la seguridad colectiva internacional a legislador global⁴⁰⁹.

El Régimen 1267 (1999) carece de precedentes en cuanto a su alcance por lo menos en tres aspectos. Primeramente, al ser adoptado en virtud del Capítulo VII de la CNU, resulta vinculante para todos los Estados que entonces, contrario a lo que sucede con las obligaciones que adquieren por medio de los tratados o la costumbre internacional, se encuentran impedidos para elegir no contraerlas. Segundo, en su momento, el CS realizó una transferencia de poderes legislativos sin paralelo al investir a un organismo subsidiario con la capacidad de decidir que individuos son culpables de cometer actos terroristas. Esto, tiene como corolario que las decisiones adoptadas por el Comité 1267 tengan que ser implementadas a través del derecho doméstico de los Estados de manera global, lo cual suscita consideraciones con respecto a si dicha facultad no debería de estar reservada para el Consejo mismo. En tercer lugar, el alcance de las obligaciones que el Régimen 1267 impone a los Estados va mucho más allá que aquel de un régimen estándar de sanciones. En consecuencia, los Estados se encuentran ante obligaciones que comúnmente no tienen limitaciones temporales y que a menudo se encuentran acompañadas por exigencias de criminalizar conductas que en otras circunstancias no serían criminales. En cumplimiento de tales exigencias, los Estados se ven en la necesidad de modificar su legislación interna, castigar a actores no estatales, ratificar tratados y a reportarse constantemente con los comités subsidiarios creados por el CS. Estas, son exigencias onerosas que manifiestan la tendencia creciente del CS de entrometerse en asuntos de jurisdicción interna de los Estados⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ Andrew Hudson, *Op. Cit.*, pp. 203.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 208-210.

5.1 Evolución del Régimen 1267: La Necesidad de Control Evidenciada

A poco más de un año de haber emitido la resolución 1267 (1999), el CS adoptó la resolución 1333 (2000), deplorando el hecho de que los Talibanes siguieran prestando un refugio seguro a Usama bin Laden y sus asociados para que dirigieran una red de campos de entrenamiento terroristas y lo utilizaran para patrocinar operaciones terroristas internacionales. Mediante dicho instrumento, decidió que todos los Estados deberían aplicar un embargo armamentista, así como de asesoramiento, asistencia o capacidad militar al territorio afgano dominado por los talibanes. Asimismo, al tiempo en que instó a todos los Estados a reducir sus misiones diplomáticas para con los talibanes, decidió que deberían de adoptar nuevas medidas para clausurar las oficinas de los talibanes y de Ariana Afgan Airlines en sus respectivos territorios, así como para congelar sin demora los fondos y otros activos financieros de Usama bin Laden y de las personas y entidades con él asociados indicados por el Comité, incluidos los de la organización Al-Qaida y los fondos dimanantes u obtenidos de bienes poseídos o controlados directa o indirectamente por Usama bin Laden y las personas y entidades con él asociados, así como velar por que esos u otros fondos o recursos financieros no fueran utilizados, directa o indirectamente, por sus nacionales o por personas que se hallen en su territorio en beneficio de Bin Laden, las personas asociadas con él o entidades poseídas o controladas directa o indirectamente por Bin Laden o personas o entidades con él asociadas, incluida la organización Al-Qaida.

De este modo, el CS no solo extendió el régimen que había creado contra los talibanes y Bin Laden para que incluyese a personas asociados con Al-Qaida, sino que, además, facultó al Comité 1267 para mantener una lista actualizada, basada en información suministrada por los Estados y organizaciones regionales, de las personas y entidades que se hubieran indicado como asociadas con Usama bin Laden, incluidas las de la organización Al-Qaida. Dicha lista, es hoy conocida como “la Lista Consolidada”, y su composición, así como los procedimientos que se utilizan para incluir a personas y entidades en ella, lo mismo que aquellos empleados para suprimirlos de esta, se han ido refinando ante las críticas de las serias deficiencias en materia de protección a los DDHH de las que adolecían. En este contexto, destaca el hecho de que, inicialmente, el procedimiento de inclusión en la Lista Consolidada carecía de directrices o definiciones con respecto a los términos empleados por las resoluciones pertinentes. Por ejemplo, en

las dos primeras resoluciones del Régimen 1267, no se hacía mención alguna de lo que implicaba ser un “asociado” con el talibán o Al-Qaida, dejando indeterminado quizá el criterio más importante para decidir si alguna persona iba a ser privada de sus activos o su movilidad. Asimismo, el Régimen 1267 carecía inicialmente de un proceso de supresión de personas o entidades de la lista, dejando esta posibilidad enteramente en las manos del Comité, el cual poseía entera discreción para tomar una decisión al respecto.

Con posterioridad, el CS adoptó la resolución 1363 (2001)⁴¹¹ a través de la cual creó un Grupo de Vigilancia (el Grupo 1267) para monitorear la implementación de las medidas contenidas en las resoluciones 1267 (1999) y 1333 (2000). Asimismo, instó a los EMNU a adoptar medidas administrativas, o bien a promulgar leyes para prevenir y castigar las violaciones en la implementación de las medidas referidas. Algunos meses después, se adoptó la multicitada resolución 1373 (2001) mediante la cual se instituyó el CCT encargado de monitorear su cumplimiento. A través de dicho instrumento, se obligó a los EMNU a criminalizar conductas relacionados con el financiamiento al terrorismo, así como a congelar sin dilación los activos de aquellas personas que, sin estar circunscritas a un grupo terrorista específico, fuesen sospechosas de haber cometido o de intentar cometer actos terroristas. Ulteriormente, el CS adoptó la resolución 1390 (2002) en la cual expresó su determinación de prevenir todos los ataques de la índole de aquellos del 9/11, al tiempo que recordó a todos los EMNU la obligación de aplicar en su totalidad la resolución 1373 (2001), en particular con respecto a los talibanes y Al-Qaida.

Mediante este nuevo instrumento, el CS decidió poner fin al embargo sobre aeronaves afganas decretado con anterioridad, manteniendo vigentes las medidas relativas al congelamiento de fondos de personas o entidades asociadas con el régimen Talibán, Usama bin Laden o Al-Qaida; así como aquellas concernientes a limitar la entrada, salida o tránsito de dichas personas de su territorio, excepto cuando esto fuese necesario para el desahogo de algún procedimiento judicial, o bien cuando el propio Comité 1267 así lo determinase. Asimismo, decidió mantener aquellas medidas concernientes a impedir el suministro de armas y adiestramiento militar a las entidades referidas. Las medidas mantenidas, constituyen el núcleo duro del régimen 1267 puesto que incluyen aquellas disposiciones que, a la fecha, el CS continúa reiterando al emitir

⁴¹¹ Resolución 1363 (2001) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 30 de julio de 2001.

alguna resolución referente a la materia. Cabe destacar, que es en virtud de la resolución 1390 (2001) que el régimen 1267 tiende a la permanencia. De tal manera, aunque el régimen inicialmente fue concebido con una duración de 12 meses, mediante la resolución 1390 (2001), el CS se ha asegurado de que este en realidad sea permanente. En dicho instrumento, se estableció que, después de 12 meses, el Órgano revisaría las medidas con el fin de decidir si estas se mantendrían o se mejorarían. Siendo que cada año después de la instauración de tales medidas el Consejo ha buscado mejorar y ampliarlas, no puede considerarse que el régimen 1267 sea de naturaleza temporal⁴¹².

Después, con fecha del 8 de diciembre, el CS adoptó la resolución 1452 (2002)⁴¹³ por medio de la cual introdujo excepciones humanitarias en relación con las sanciones del régimen 1267. De tal manera, decidió que las medidas concernientes al congelamiento de fondos y activos no serían aplicables a partir de ese momento a aquellos fondos necesarios para sufragar gastos básicos, incluido el pago de alimentos, alquileres o hipotecas, medicamentos y tratamientos médicos, impuestos, primas de seguros y gastos de agua y electricidad, o exclusivamente para pagar honorarios profesionales razonables y el reembolso de gastos asociados con la prestación de servicios jurídicos o tasas o cargos por servicios de mantenimiento de fondos congelados u otros activos financieros o recursos económicos. Tales excepciones, deben de ser determinadas por los propios Estados de nacionalidad o residencia de las personas en cuestión y se encuentran sujetas a aprobación por parte del Comité 1267. Sin duda alguna, la resolución 1452 (2002) representa un significativo paso adelante en el mejoramiento del Régimen 1267 que ya para aquel momento había levantado serias dudas en cuanto a la legitimidad y transparencia de sus procedimientos.

Indudablemente los aspectos más controvertidos fueron aquellos relacionados con los procesos de inclusión y supresión de individuos en las listas de los comités creados por el CS. En la medida en que el CS incrementó el uso de sanciones dirigidas a individuos, los procedimientos relativos a su inclusión en las listas que habrían de determinar limitaciones a su movilidad y el disfrute de sus activos se volvieron más importantes. Del mismo modo, la controversia en torno a dichos procesos aumentó debido a que estos suscitaron preocupaciones en cuanto a su confiabilidad, así como en cuanto los derechos jurídicos y humanos de aquellas personas designadas en las listas.

⁴¹² Andrew Hudson, *Op. Cit.*, pp. 210.

⁴¹³ Resolución 1452 (2002) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 8 de diciembre de 2002.

Se advierte, que las listas utilizadas por los Comités del CS no eran totalmente exhaustivas ni exactas. Dicha situación, condujo a que los esfuerzos de implementación en ciertos Estados fueran pobres o inefectivos, así como a que algunos individuos incluidos en la lista 1267 se quejaran, incluso judicialmente, de que sus DDHH habían sido violados. Asimismo, más de 50 EMNU expresaron quejas vinculadas a la falta de debido proceso y la ausencia de transparencia involucradas en la elaboración de las listas⁴¹⁴.

Erika de Wet⁴¹⁵ advierte que al dirigirse a individuos y entidades de forma tan amplia como lo hicieron, las sanciones establecidas mediante el régimen 1267 estaban inevitablemente destinadas a violar los principios más básicos de equidad procesal. Añade, que, aunque ciertamente puede justificarse el empleo de sanciones directas sobre individuos y corporaciones tomando en cuenta la amenaza que representa el terrorismo para la paz y seguridad internacionales, el uso de dichos mecanismos obliga al CS a proporcionar a aquellos afectados con algún recurso de audiencia por medio del cual puedan impugnar las alegaciones formuladas en su contra. Explica, que siendo que la inclusión en la lista por parte del Comité 1267 presupone la valoración de pruebas, lo cual es en sí mismo un acto jurídico con consecuencias jurídicas, esta debería de implicar también la existencia de un procedimiento imparcial y equitativo a través del cual pudiera refutarse la evidencia en contra de una víctima potencialmente inocente del proceso de enlistado.

El procedimiento de supresión de la lista 1267 se introdujo en noviembre del 2002 de acuerdo con directrices interpuestas por el Comité 1267⁴¹⁶. Tales directrices, indicaban que un determinado individuo afectado debería de requerir a su gobierno de nacionalidad o residencia que solicitara una revisión de su caso. En caso de querer apoyar la solicitud de remoción, dicho gobierno, debería de aproximarse al gobierno que originalmente hubiera propuesto que se enlistara al individuo en cuestión, e intentar persuadirlo de suprimir el nombre de su ciudadano. En este punto, el gobierno que inicialmente hubiera designado a la persona podría solicitar información de cualquier

⁴¹⁴ David Cortright, *et. al.*, *Op. Cit.*, pp. 223.

⁴¹⁵ Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, *Op. Cit.*, p. 352.

⁴¹⁶ Véase: “Directrices del Comité de Sanciones para la Realización de su Labores, adoptadas el 7 de noviembre de 2002, modificadas el 10 de abril de 2003, 21 de diciembre de 2005, 29 de noviembre de 2006, 12 de febrero de 2007, 9 de diciembre de 2008, 22 de julio de 2010, 26 de enero de 2011, 30 de noviembre de 2011, 15 de abril de 2013, y 23 de diciembre de 2016”, disponible en: <https://www.un.org/sc/suborg/en/sanctions/1267/committee-guidelines>.

otro gobierno. Finalmente, el gobierno de residencia o ciudadanía del afectado podría presentar su solicitud ante el Comité, el cual, tomaría todas sus decisiones por la vía del consenso. Esto, implicaba que cualquiera de sus Miembros podría vetar cualquier solicitud de supresión. Sobre este punto, no está de más señalar el carácter privado de las reuniones del Comité 1267 y, que, además, los Miembros objetantes no tenían que exponer las razones de su objeción a la supresión de algún determinado individuo. Asimismo, en este punto en la historia, el Comité 1267 aun no determinaba criterios que estipularan las razones por la cuales debería de enlistarse a algún individuo o corporación y, además, estos podían ser incluidos en la lista siempre y cuando ningún Miembro del Comité presentase una objeción dentro de las 48 horas siguientes a las que habían sido propuestos⁴¹⁷.

Con todo, es justo señalar que el CS continuó realizando mejoras a la estructura del régimen 1267. En el año 2004, emitió la resolución 1526 (2004)⁴¹⁸, por medio la cual exhortó a los EMNU para que, al incluir nombres en la Lista Consolidada, presentasen, en la medida de lo posible, información que demostrase la asociación de la personas o entidades propuestas con Al-Qaida, Usama bin Laden y los talibanes. No obstante, no sería sino hasta más de un año después, a través de la resolución 1617 (2005)⁴¹⁹, que el CS finalmente decidiría “entre otros”, los actos que determinarían que personas, grupos, empresas o entidades podían calificarse de “asociados” con Al-Qaida, Usama bin Laden o los talibanes. Asimismo, mediante dicho instrumento, el CS convirtió en obligatorio el exhorto realizado mediante la resolución 1526 (2004) por medio del cual pretendía inducir a los Estados a incluir información que demostrase la asociación de las personas propuestas para ser incluidas en la lista 1267 con los grupos terroristas referidos. Igualmente, decidió que, en adelante, los Estados deberían proporcionar al Comité 1267 una exposición en que se describiera la justificación de la propuesta. Finalmente, pidió a los Estados que, en la medida de lo posible, comunicasen a las personas y entidades de la lista las medidas impuestas en su contra, las directrices vigentes del Comité y, en particular, el procedimiento para ser incluido en la lista y suprimido de ella, así como las excepciones humanitarias contenidas en la resolución 1452 (2002).

Finalmente, decidido a asegurar la existencia de procedimientos justos y claros para incluir a personas y entidades en las listas de sanciones y suprimir sus nombres de ellas,

⁴¹⁷ Andrew Hudson, *Op. Cit.*, pp. 207-208.

⁴¹⁸ Resolución 1526 (2004) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 30 de enero de 2004.

⁴¹⁹ Resolución 1617 (2005) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 29 de julio de 2005.

el CS aprobó mediante la resolución 1730 (2006)⁴²⁰ un procedimiento para la supresión de nombres de las listas. A grandes rasgos, dicho procedimiento conservaba la estructura básica de aquel instituido en noviembre del 2002 por el Comité 1267. No obstante, el nuevo procedimiento difería significativamente del primero debido a la creación de un punto focal ubicado en la Secretaría General de la ONU. A través del punto focal, los afectados podrían solicitar directamente la supresión de sus nombres. Una vez realizada esta acción, el punto focal se encargaría de remitir la solicitud a título informativo al gobierno o los gobiernos que hubieran hecho la designación, así como al o los gobiernos de nacionalidad o residencia de las personas o entidades afectadas. Posteriormente, se celebrarían consultas entre los gobiernos interesados y, si después de celebradas dichas consultas alguno de tales gobiernos hiciera la recomendación de que se suprimiera el nombre en cuestión de la lista, dicha recomendación sería remitida a través del punto focal directamente al Presidente del Comité de Sanciones, acompañada de una explicación. Si cualquiera de los gobiernos consultados se opusiera a la solicitud de supresión, el punto focal informaría al Comité. A dicha acción, seguiría un periodo razonable – de tres meses-, dentro del cual los gobiernos involucrados podrían informar al Comité de su consideración de la solicitud, o bien solicitar un plazo adicional concreto para considerarla. Terminado dicho periodo, el punto focal comunicaría el estatus de la solicitud a los Miembros del Comité. Estos, tendrían un plazo de un mes para recomendar la supresión, al término del cual, si ninguno lo hubiera hecho, la solicitud se consideraría rechazada y el Presidente del Comité tendría que informar al punto focal en consecuencia, el cual, a su vez, informaría al afectado.

Como señala la profesora Jessica Almqvist⁴²¹, las mejoras referidas obedecen a las fuertes críticas realizadas en contra de los procesos de enlistado del régimen 1267 provenientes de los círculos relativos a los DDHH. La citada autora, encuentra dichas críticas bien fundamentadas considerando que el diseño original del régimen de sanciones Al-Qaida/talibán dejaba a los individuos afectados sin dinero suficiente para cubrir sus necesidades más básicas como la comida, el acceso a servicios médicos o a la vivienda. Asimismo, los procedimientos iniciales carecían de mecanismos de salvaguarda en contra de inclusiones dolosas o erróneas en la lista. Además, los Estados carecían de lineamientos para decidir los nombres de quienes, y bajo qué circunstancias, deberían de ser incluidos en la lista. Como se ha visto, dichas personas ni siquiera tenían

⁴²⁰ Resolución 1730 (2006) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 19 de diciembre de 2006.

⁴²¹ Jessica Almqvist, *Op. Cit.*, pp. 307-308.

inicialmente la posibilidad de impugnar las medidas adoptadas en su contra y, como es sabido, ni siquiera eran notificadas de su aplicación. No obstante, a pesar de las mejoras realizadas en este sentido, la profesora Almqvist considera necesario el que se atienda completamente una preocupación fundamental concerniente a los DDHH; específicamente, el derecho de acceso a la justicia de las personas sancionadas, en especial su derecho de acudir a un tribunal para solicitar revisión judicial de las decisiones de enlistado y, en su caso, obtener compensación por daños derivados de aplicaciones incorrectas o arbitrarias de las sanciones.

Para Erika de Wet⁴²², la falta de acceso a la justicia adolecida por el régimen 1267 claramente se encuentra en violación de los principios básicos de justicia consagrados en el artículo 1(1) de la CNU y en el artículo 14(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP). Según su postura, dicho numeral no debe de interpretarse como que meramente establece garantías procesales en relación con un procedimiento judicial, sino como incluyente del derecho a una audiencia justa. Añade, que este ciertamente debe de ser el caso con relación a acusaciones penales. De tal manera, ante la duda de si la inclusión en la Lista Consolidada puede ser considerada como equivalente a una acusación penal, la citada autora explica que si bien el Comité para los Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDDHH) no ha definido todavía lo que implica el que una acusación sea de carácter penal o no, por su parte, el TEDH se ha pronunciado en relación al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) –el cual literalmente emplea el término “acusación en materia penal”–, en el sentido de que a fin de determinar si una acusación es penal o no, deberán de tomarse en cuenta la naturaleza y severidad de la posible sanción, así como el tipo de ofensa sancionada. Para la citada autora, tomando en cuenta que la congelación de activos en virtud de la resolución 1333 (2000) pretende ser una respuesta a un supuesto involucramiento con actividades terroristas y, que, además, la medida posee naturaleza punitiva y representa una grave estigmatización para los afectados, es posible concluir que el congelamiento de activos se trata de una sanción penal que responde a una acusación de la misma naturaleza.

Por su parte, Jessica Almqvist⁴²³ comenta que, aunque la naturaleza de las sanciones aparenta ser administrativa y en este sentido, leve, en cuanto a que constituye una mera

⁴²² Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Op. Cit., pp. 352-353.

⁴²³ Jessica Almqvist, Op. Cit., pp. 307-308.

retención de activos, en realidad, la incertidumbre en cuanto al levantamiento de las sanciones, si es que ocurre, resulta en que la medida se asemeje a otro tipo de disposición mucho más severa como es la confiscación. Añade, que siendo que la confiscación es una sanción penal, el suponer a las medidas referidas como tal implicaría consideraciones relativas a la protección de los derechos a un juicio justo y al debido proceso. Asimismo, la profesora Almqvist considera que siendo que el enlistado de personas bajo la premisa de que son terroristas afecta fuertemente su reputación, posición social y actividad política, puede considerarse que las sanciones del régimen 1267 poseen también una dimensión civil. Afirma, que siendo que las decisiones de inclusión en la lista han sido utilizadas en procedimientos penales internos como evidencia, las sanciones generan un impacto negativo en relación con el principio de presunción de inocencia.

Tomando en cuenta las consideraciones anteriores, puede sugerirse que el régimen de sanciones Al-Qaida constituye el régimen de sanciones más intrusivo instaurado por el CS. Pese a las mejoras con que se ha ido perfeccionando, éste, ha sido desafiado tanto en cortes domésticas como ante el TEDH con base a consideraciones relativas al debido proceso⁴²⁴. Tales actuaciones judiciales, constituyen el tema principal a tratar durante la tercera parte del presente trabajo dentro de la cual analizará la posibilidad de revisar judicialmente los actos del CS. Por ahora, parece importante detectar el origen de ciertos malestares generados por la expansión competencial del Órgano, misma que se relaciona con la institución de complejos regímenes normativos como el que representa el régimen 1267. Con todo, pese a que a la fecha el CS no ha considerado la creación de un tribunal independiente –ni de algún organismo similar- con la competencia para desahogar las quejas de posibles víctimas afectadas por una inclusión errónea o arbitraria en la lista 1267, es preciso notar que con posterioridad a las que ya se han relatado, el Consejo ha realizado algunas mejoras adicionales al régimen de sanciones relativo a Al-Qaida y los talibanes, algunas de ellas, con importantes avances en materia de DDHH.

Por ejemplo, en su resolución 1735 (2006)⁴²⁵, el CS anexó un formulario para incluir nombres en la lista 1267, centrándose en aspectos relevantes como la justificación e información relativa a la propuesta. Después, a través de la resolución

⁴²⁴ Kenneth Manusama, *Op. Cit.*, pp. 181-182.

⁴²⁵ Resolución 1735 (2006) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 22 de diciembre de 2006.

1822 (2008)⁴²⁶, tomó nota de los problemas surgidos en cuanto a las medidas ejecutadas por los Estados Miembros, reconociendo los esfuerzos de estos, así como los del Comité 1267, a fin de asegurar la existencia de procedimientos justos y claros para incluir personas, grupos, empresas y entidades en la Lista Consolidada, así como para excluir nombres de esta y para conceder exenciones por razones humanitarias. Asimismo, aclaró –por primera vez– que las medidas a las que se refería la resolución que nos ocupa, mismas que se han señalado como el núcleo duro del Régimen 1267, son de carácter preventivo y no se basan en criterios penales establecidos por el derecho interno. En lo particular, se considera que, pese a la aclaración realizada por el CS, existen buenos indicios, como aquellos presentados por las profesoras De Wet y Almqvist, de que, para efectos prácticos, las sanciones relativas al congelamiento de activos pueden ser consideradas como equivalentes a una condena penal. No obstante, se observa el hecho de que el CS haya notado formalmente las preocupaciones de la comunidad internacional en sus resoluciones como algo favorable y se entiende que tal apreciación por parte del Órgano ha sido benéfica en cuanto a los avances relativos a la protección de los DDHH entorno al Régimen 1267.

En este orden de ideas, se considera significativa la introducción de la figura del Ombudsman en la estructura del Régimen 1267. A diez años de la emisión de la resolución 1267 (1999), por medio de la resolución 1904 (2009)⁴²⁷, el CS decidió crear una “Oficina del Ombudsman” para que asistiera al Comité 1267 a examinar las solicitudes de supresión de nombres de la lista. Asimismo, estableció los requisitos necesarios que tendría que tener la persona que ocupara dicha oficina, requisitos de entre los que sobresalen la posesión de experiencia en materia de DDHH y combate al terrorismo. Igualmente, decidió que el Ombudsman debería de ser una persona de moral intachable y que debería de desempeñar sus funciones de manera independiente e imparcial, sin pedir ni recibir instrucciones por parte de ningún gobierno. De tal manera, la creación de la Oficina del Ombudsman significó la desvinculación del punto focal ligado a la Secretaría General de la ONU con el régimen 1267 puesto que, aunque este último seguiría funcionando en relación con otras listas de sanciones⁴²⁸, a partir de este

⁴²⁶ Resolución 1822 (2008) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 30 de junio de 2008.

⁴²⁷ Resolución 1904 (2009) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 17 de diciembre de 2009.

⁴²⁸ De acuerdo con Andrew Hudson, para el año 2007 el CS había creado ya 5 comités más con poderes virtualmente idénticos a los del Comité 1267. Hudson, señala que dichos Comités carecen de un procedimiento de supresión de nombres o bien, tienen uno tan deficiente como aquel perteneciente al Régimen 1267. Dichos Comités fueron creados en relación con los asociados de Saddam Hussein,

momento, sería la nueva oficina la encargada de recibir y procesar las solicitudes de supresión de la lista relativa al régimen de sanciones Al-Qaida/talibán.

La resolución 1904 (2009) describe a detalle las funciones que puede y debe realizar la Oficina del Ombudsman, la cual, además de recibir las solicitudes de supresión de la lista, está encargada de proporcionar toda la información adecuada al solicitante, así como de dar trámite al procedimiento de supresión, mismo que inicia con la solicitud de toda la información pertinente sobre el caso al Comité 1267, a los Estados proponentes, a los Estados de Nacionalidad y Vigilancia o a cualquier otro órgano pertinente de Naciones Unidas o Estado que el Ombudsman considere oportuno. Asimismo, el Ombudsman debe de solicitar información al Grupo 1267 y, posteriormente, establecer un dialogo con el solicitante con el fin de recabar cualquier otra información que pueda ayudar a su causa, así como de aclarar por medio de preguntas cualquier duda que pudiese haber surgido durante el procedimiento. Finalmente, el Ombudsman debe de presentar un informe exhaustivo al Comité 1267 por medio del cual se resuma la información recabada y, además, se expongan los argumentos por los que se considera se debe suprimir el nombre del solicitante de la lista. Con todo, aunque bienvenida, la instauración de la oficina del Ombudsman no representó en su momento un cambio trascendental para los procesos decisorios del Comité 1267 ya que, como se indica en la propia resolución 1904 (2009), una vez recibido el informe del Ombudsman, el Comité debe de tomar una decisión de acuerdo a sus procedimientos habituales. De tal manera, aun y cuando no puede negarse que la posibilidad de que los afectados puedan solicitar directamente la supresión de sus nombres de la lista 1267, así como el apoyo que en aras de dicho fin puede significar para estos la Oficina del Ombudsman resultan ciertamente en un cambio favorable, todavía, puede considerarse al procedimiento de supresión como deficiente en cuanto a que no garantiza el derecho de audiencia de los interesados, ni tampoco les otorga la posibilidad de impugnar la decisión final del Comité.

A través de sus resoluciones subsiguientes relacionadas con el régimen 1267⁴²⁹, el CS continuó tomando acciones para redefinir y precisar todavía más el sistema de

Liberia, La República Democrática del Congo, Costa de Marfil y el Sudán. Véase, Andrew Hudson, *Op. Cit.*, p. 223.

⁴²⁹ Véase: Resolución 1988 (2011) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 17 de junio de 2011; Resolución 1989 (2011) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 17 de junio de 2011; Resolución 2083 (2012) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 17 de diciembre de 2012; Resolución 2133

sanciones por este instituido. Una vez desaparecido Usama bin Laden, reforzó la cooperación con el gobierno de Afganistán, llegando incluso a determinar que la colaboración en el proceso de reconciliación de dicho Estado significaba la posibilidad de ser suprimido de la lista. En este contexto, eliminó las sanciones contra los talibanes y Bin Laden, manteniendo vigentes solo aquellas relativas a Al-Qaida. Del mismo modo, reemplazo al Comité 1267 por el Comité 1988 –en función de la resolución 1988 (2011)- que básicamente asumió las funciones del primero, en esta ocasión, únicamente con respecto a Al-Qaida⁴³⁰. Resultan interesantes, las modificaciones realizadas con respecto al proceso decisorio por medio del cual el Comité puede suprimir nombres de la Lista Consolidada. En este sentido, el CS decidió que en los casos en que un Estado proponente presente una solicitud de supresión, la obligación del resto de los Estados de adoptar medidas quedará sin efecto respecto de esa persona, grupo, empresa o entidad después de 60 días, salvo que el Comité decida por consenso, antes del fin de dicho periodo, que las medidas continúen en vigor. En estos casos, de no existir consenso entre los Miembros del Comité, el asunto será turnado directamente al CS para que sea este, dentro de un plazo de 60 días, durante el cual se mantendrán vigentes las medidas, el que finalmente decide si procede o no la supresión de la lista.

Las posibilidades de supresión arriba descritas, junto con aquellas susceptibles de ocurrir en virtud del procedimiento establecido a través de la Oficina del Ombudsman, son las mismas que se mantienen vigentes a la fecha. Dichos procedimientos, a la par de aquellos relacionados con la cooperación con organismos internacionales tales como la Interpol o incluso con gobiernos, como es el caso de Afganistán, continúan en perpetua revisión por parte del CS en un intento por mantener al día su estrategia de lucha contra el terrorismo internacional de acuerdo con las necesidades contemporáneas que esto

(2014) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 27 de enero de 2014; Resolución 2161 (2014) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 17 de junio de 2014.

⁴³⁰ Aunque formalmente establecido mediante la resolución 1988 (2001), eventualmente sería conocido como el “Comité de Sanciones contra Al-Qaida 1267/1989”, en virtud de la resolución subsecuente del CS, por medio de la cual se especifican sus funciones. Con posterioridad el Régimen 1267 sería ampliado para ser aplicable al EIIL, así como a otras organizaciones terroristas. En consecuencia, por medio de la resolución 2253 (2015), el CS decidió que tal Comité sería conocido como el “Comité de Sanciones contra el EIIL (Daesh) y Al-Qaida 1267/1989/2253. Del mismo modo, a través de dicho instrumento, decidió que la “Lista de Sanciones contra Al-Qaida” sería conocida como “La Lista de Sanciones contra el EIIL (Daesh) y Al-Qaida. Por razones de estilo, se continuará haciendo referencia al Comité aludido indistintamente como el “el Comité 1267” o bien “el Comité de Sanciones”. Del mismo modo, se continuará aludiendo a la lista como “la Lista Consolidada”. Véase: Resolución 1988 (2011) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 17 de junio de 2011; Resolución 1989 (2011) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 17 de junio de 2001; y, Resolución 2253 del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 16 de diciembre de 2015.

implica. Consecuentemente, por medio de la resolución 2170 (2014)⁴³¹, el CS expresó su máxima preocupación ante el hecho de que en algunas zonas de Iraq y Siria hubiera territorio controlado por el EIIL, así como por el Frente Al-Nusra (FAN). De esta forma, extendió formalmente el régimen 1267 para incluir a dichas organizaciones, con todo y que debido a sus vínculos con Al-Qaida pudiera considerarse que las medidas contenidas en dicho sistema ya les eran aplicables. Asimismo, mostró preocupación por el uso de yacimientos petrolíferos controlados por dichas organizaciones terroristas como medio de financiamiento para sus operaciones. Adicionalmente, reafirmó las obligaciones contenidas en la resolución 1373 (2001) para con las referidas entidades. Finalmente, a través de la resolución que nos ocupa, el CS exhortó a los EMNU a adoptar medidas nacionales para reprimir la afluencia de combatientes terroristas extranjeros a las filas del EIIL y el FAN. Al poco tiempo después, en septiembre del 2004, el CS tornaría dicho exhorto en una medida obligatoria a través de la resolución 2178 (2014) relativa a los combatientes terroristas extranjeros, misma que se ha descrito como legislativa y cuyo contenido ha sido ya referido en el apartado inmediatamente anterior al presente.

Tras la emisión de la resolución 2178 (2014), el CS ha continuado con una prolífica producción de resoluciones relacionadas con el régimen 1267, mostrando así su determinación por seguir afinando sus estrategias dentro del combate al terrorismo internacional⁴³². A través de este último grupo de resoluciones, mostró preocupación por temas diversos, como, por ejemplo, la relación en términos de financiamiento que guarda el terrorismo con la delincuencia organizada transnacional. Asimismo, continuó tomando acciones en relación con el financiamiento que pudieran lograr los diversos grupos terroristas a través de la venta de petróleo, obligando a los EMNU a reportar la interdicción en su territorio, así como a tomar acciones en contra de las personas o entidades que participen en actividades tales como cualquier transferencia de petróleo, productos derivados de petróleo, refinerías modulares y material conexo desde o hacia el EIIL o el FAN.

⁴³¹ Resolución 2170 (2014) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 15 de agosto de 2014.

⁴³² Véase: Resolución 2195 (2014) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 19 de diciembre de 2014; Resolución 2199 (2015) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 12 de febrero de 2015; Resolución 2214 (2015) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 27 de marzo de 2015; Resolución 2249 (2015) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 20 de noviembre de 2015; Resolución 2253 (2015) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 18 de diciembre de 2015; Resolución 2255 (2015) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 21 de diciembre de 2015.

De igual manera, el CS condenó la destrucción de patrimonio cultural a manos de grupos terroristas en Iraq y Siria, decidiendo que todos los Estados deben de adoptar medidas para impedir su comercio, medida que, de ser más específica, podría incluso ser considerada como legislativa. Por otra parte, extendió de nuevo el régimen 1267 para ocuparse de lo que consideró como una creciente tendencia de grupos terroristas libios de adherirse al EIIL. En este contexto, adoptó la resolución 2249 (2015) por medio de la cual condenó los ataques perpetrados por dicha organización terrorista en París, Ankara y Beirut a finales del año 2015 al tiempo que expresó su intención de actualizar rápidamente la lista de sanciones del Comité 1267 a fin de reflejar mejor la amenaza que plantea el EIIL. Dicha intención, se encuentra plasmada en las últimas resoluciones emitidas a finales del año 2015 por el CS en materia de lucha contra el terrorismo, a través de las cuales, el Comité 1267, al cual venía refiriéndose como el “Comité de Sanciones contra Al-Qaida 1267/1989”, pasó a ser llamado el “Comité de Sanciones contra el EIIL (Daesh) y Al-Qaida 1267/1989/2253” en virtud de la resolución 2253 (2015).

Ya en el año 2005, el profesor José Alvarez⁴³³ advertía sobre cómo cada vez resultaba más claro que el régimen 1267, expandido a través de las resoluciones 1333 (2000) y 1455 (2003), había perdido tanto sus limitaciones temporales como su circunscripción a la amenaza terrorista específica planteada por el apoyo del talibán a grupos terroristas dentro del territorio afgano. Añadía, que los esfuerzos antiterroristas mostrados por el CS mediante las resoluciones 1267 (1999), 1373 (2001) y 1540 (2004), son parte de una agenda legislativa entrelazada que tiene como objetivo cortar el acceso de actores no estatales al financiamiento, la movilidad y las armas para la comisión de actos terroristas. Para Alvarez, tales acciones constituyeron intentos manifiestos por parte del CS para crear leyes globales. Tales esfuerzos, no se encontraban limitados a la creación de normas al auspicio de la CNU aplicables únicamente a los EMNU. Por el contrario, el citado autor sugería que en caso de que los *edictos* dictados por el CS a través de las resoluciones aludidas hubiesen sido cumplidos por los Estados, muy probablemente afectarían las reglas de costumbre internacional. De tal manera, aun y cuando esta no hubiese sido la intención del CS, el éxito de los Comités creados al auspicio de las resoluciones referidas, tendría como resultado un cambio en el derecho consuetudinario general que, de acuerdo con el cumplimiento de las disposiciones del

⁴³³ José E. Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, Op. Cit., p. 198.

Consejo por parte de los Estados basado en la creencia de estar obligados en ese sentido, sería muy difícil de negar. Entonces, sobre las consideraciones realizadas por el profesor Alvarez, resulta posible proponer que, estudiando de forma conjunta a las resoluciones que se han identificado como legislativas y, tomando en cuenta los posibles efectos que en conjunción con estas pudiera tener sobre el derecho consuetudinario general, es factible considerar a la resolución 1267 (1999), aún y cuando formalmente no posee todos los elementos que se han reconocido como necesarios para tales efectos, dentro del grupo selecto de las resoluciones legislativas del CS.

A través del análisis realizado en el presente apartado, se encuentra que la tendencia identificada por Alvarez parece estarse confirmando. Ciertamente, el régimen 1267 ha continuado expandiéndose e incluso, ha sido modificado en diversas ocasiones dando lugar al surgimiento de nuevas obligaciones que pudieran caracterizarse como legislativas. Además, los lamentables ataques terroristas ocurridos a lo largo del año 2015 parecen haber resultado en una intensificación y nueva expansión de los esfuerzos antiterroristas del CS. No obstante, pese a que han transcurrido 10 años desde que el profesor Alvarez advertía sobre los posibles efectos del régimen 1267 y las resoluciones legislativas sobre el derecho consuetudinario general, todavía, parece prematuro afirmar que el ejercicio de competencias legislativas por parte del CS se haya consolidado ya en una costumbre internacional. Sin embargo, tampoco se estima factible descartar de plano los argumentos de quienes consideran que efectivamente ha ocurrido ya dicha transformación en el Derecho Internacional General, en cuanto a que la amplia y constante participación de los Estados, así como la continuidad con la que el CS ha ostentado competencias legislativas, parecen apuntar hacia una consolidación de la tendencia identificada por el referido comentarista. Por ello, se considera imperativo dedicar mayor espacio a tales consideraciones, tarea que se realizará en el último apartado de la presente sección al estudiar los límites, así como la idoneidad o no, del ejercicio de competencias legislativas por parte del CS.

5.2 Los Límites a la Acción Legislativa del Consejo de Seguridad

De acuerdo con la profesora Torrecuadrada⁴³⁴, en la medida en que el CS se trata de un órgano perteneciente a una Organización que ha sido creada dentro de un marco

⁴³⁴ Soledad Torrecuadrada García-Lozano, “La Expansión de las Funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Problemas y Posibles Soluciones”, *Op. Cit.*, p. 387.

jurídico específico –la CNU–, resulta una imposibilidad jurídica sostener que este se encuentra ajeno a control de legalidad alguno. De tal forma, como correctamente señala la citada autora, pese a la ausencia de controles expresamente establecidos en la CNU, es evidente que existen límites al ejercicio de competencias por parte del CS que este ha de respetar. No obstante, es de conocimiento general que el CS posee amplia discreción en el ejercicio de sus poderes. Dicha discreción, ha sido constatada a través de recuento histórico de la expansión competencial del Órgano a través de la cual, se han delineado algunos de los principios y previsiones que pueden actuar como limitantes a las acciones del CS.

Un análisis centrado en la literalidad de las previsiones relativas a los poderes del CS contenidas en el texto de la CNU, revela que esta no confiere de forma expresa ninguna clase de poderes legislativos –o judiciales– al principal órgano político de las Naciones Unidas. No obstante, como se ha podido comprobar a través del estudio de la práctica del CS, este, ha llegado a desplegar sus poderes en virtud del Capítulo VII de forma tal que le han permitido realizar este tipo de acciones. Incluso, se ha esbozado la idea de que la originalidad creativa del CS ha sido justificada a través de interpretaciones teleológicas de la CNU, mismas que pueden ubicarse dentro de la doctrina de los poderes implícitos. De tal manera, se considera que, para poder realizar un estudio integral sobre el tema relativo a las competencias legislativas del CS, resulta necesario contrastar sus poderes tanto bajo la óptica de la doctrina de la atribución, como desde el punto de vista de la doctrina de los poderes implícitos. El primero de estos esquemas, se considera legalista y contempla a los tratados internacionales desde una perspectiva contractual. El segundo, la doctrina de los poderes implícitos, atiende a cuestiones como la funcionalidad y efectividad de las OI. Con respecto a este tema, Jan Klabbers comenta lo siguiente:

It will be clear that there is a certain tension between the doctrine of attribution on the one hand, and the doctrine of implied powers on the other. The doctrine of attribution finds its rationale, ultimately, in the manifest will of the founders: they have found it necessary to grant their organization certain powers, and that will must be respected. It stresses considerations of state sovereignty rather than the interests of the international community at large. From the same consideration it follows that powers not expressly granted are the result of intentional omissions, and here too then the intention (in this case, to withhold a

*power) must be respected. On this view, then, taken to the extreme, what you see is what you get; there is no room in the reasoning to imply any powers*⁴³⁵.

El pasaje citado, resulta ilustrativo de la poderosa lógica jurídica inherente a la doctrina de los poderes atribuidos. En este sentido, se advierte que los principios propios de esta doctrina parecen, a primera vista, guardar mayor concordancia con la visión clásica del Derecho Internacional que ofrece el voluntarismo, dentro de la cual ningún Estado puede ser obligado a una norma que no consintió. Sin embargo, la evolución acaecida de manera general en los procesos de producción normativa del Derecho Internacional catapultada por la proliferación de las OI y, evidenciada de manera específica por el CS a través del ejercicio de competencias judiciales y legislativas, resulta indicativa de que, en la actualidad, no es posible defender una aplicación estrictamente legalista de los tratados constitutivos de las diversas OI. Dicha imposibilidad, parece revestir una importancia mayor en relación con un tratado que, como la CNU, se entiende como un vehículo para lograr y mantener la convivencia pacífica de la sociedad internacional. No obstante, pese al dinamismo característico en los procesos de producción normativa del Derecho Internacional, mismo que se considera se ha acelerado significativamente a raíz de la segunda mitad del Siglo pasado, todavía permanece cierta tensión entre aquellos partidarios de aplicar los tratados internacionales mediante un apego al principio de literalidad y entre aquellos que se decantan por una aplicación ligada al principio de funcionalidad.

Al crear una OI, los Estados, a través del principio de atribución, delinean sus ámbitos de competencia, así como los medios que la organización habrá de utilizar para ejercerla. Acorde con dicho principio, los Estados transfieren competencias específicas a las OI con el fin de lograr objetivos comunes. De esta forma, resulta evidente que la autoridad jurisdiccional de las OI, así como su poder político-jurídico para actuar, se encuentran circunscritos al poder de los Estados. Actuando de esta manera, estos se protegen ante posibles acaparamientos de poder por parte de las OI. No obstante, la relación entre los Estados y la organización creada resulta mucho más compleja. En este sentido, tomando a la ONU como ejemplo, puede advertirse que, en lo que concierne a dicha Organización, y pese a que efectivamente los Estados le han delegado ciertos poderes relativos al mantenimiento de la paz y seguridad, dichos poderes, no pudieron haber sido completamente definidos al momento de su creación debido a la

⁴³⁵ Jan Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, Op. Cit., p. 73.

imposibilidad de enumerar *ab initio* la totalidad de poderes necesarios, o bien el conjunto de circunstancias posibles en que la acción de la ONU sería requerida. Desde esta perspectiva, puede considerarse que la CNU ha sido formulada como un documento habilitador, mismo que contiene principios programáticos y objetivos dirigidos cuya realización puede requerir de poderes adicionales a aquellos originalmente conferidos a la Organización. En este sentido, el principio de atribución difícilmente representa una restricción a la expansión de poderes de la ONU, misma que a menudo ha sido justificada, incluso por la CIJ, en términos teleológicos que enfatizan la necesidad de moldear los poderes conferidos a la Organización en función de las necesidades planteadas por la vida internacional⁴³⁶.

De tal manera, se razona que el desarrollo de competencias legislativas por parte del CS se encuentra justo en medio de la tensión entre el uso de competencias explícitas y el desarrollo de competencias implícitas. En este sentido, tal y como señala Tsagourias⁴³⁷, el tema de la legislación por parte del CS constituye un ejemplo en el cual los poderes de la ONU parecen estar en curso de colisión con aquellos de los EMNU. Para el citado autor, la discusión de este tema va más allá de consideraciones técnico-jurídicas sobre la delimitación de competencias entre la ONU y sus Miembros en cuanto a que abarca cuestiones de mayor profundidad, como aquellas relativas a la autonomía jurisdiccional e integridad de cada ordenamiento jurídico, así como el nivel apropiado de interacción entre la ONU y sus Estados Miembros en la persecución del objetivo común de lograr y mantener la paz y seguridad internacionales.

En lo particular, se razona que un análisis de los poderes del CS a la luz de la doctrina de los poderes implícitos en contraste con la doctrina de los poderes atribuidos pudiera resultar útil en la determinación, no tanto de la pertinencia del uso de la primera, sino de los límites a través de los cuales un organismo como el CS puede valerse de ella para el ejercicio de sus competencias. De este modo, y pese a que como habrá de desarrollarse a continuación, el uso de la doctrina de los poderes implícitos encuentra amplia aceptación en la literatura e incluso un considerable soporte en la jurisprudencia de la CIJ, en lo particular, se considera que el ejercicio de poderes legislativos por parte del CS resulta de un uso generoso de dicha doctrina, mismo que obliga a cuestionarse sobre la posibilidad de una aplicación excesiva de la misma. De tal

⁴³⁶ Nicholas Tsagourias, *Op. Cit.*, p. 4.

⁴³⁷ *Ibid.*, *Op. Cit.*, p. 5.

suerte, se juzga necesario realizar un recuento del surgimiento y desarrollo de la doctrina de los poderes implícitos con miras a determinar si los poderes legislativos que ha venido ostentando el CS se encuentran efectivamente contenidos, si bien de forma latente, en la CNU.

Adicionalmente, parece oportuno enfatizar algunos de los límites que se juzga restringen con mayor efectividad lo que pudiera considerarse como un alargamiento competencial por parte del Órgano que se ha desbordado en cuanto a algunos aspectos, específicamente, en aquel relativo a la emisión de resoluciones legislativas. Dicha tarea, requiere de un puntual análisis de aquellas previsiones contenidas en la CNU que resultan relevantes para la adopción de resoluciones legislativas. En este sentido, se concentrarán esfuerzos en el examen de las restricciones que representan para el CS el principio de proporcionalidad tal y como se encuentran reconocido en la CNU; el propio Capítulo VII de dicho instrumento, poniendo especial énfasis en el estudio de los artículos 39 y 41 de dicho apartado en cuanto que constituyen la base jurídica de las resoluciones legislativas, así como en el artículo 26 en cuanto que constituye una límite concreto al involucramiento del CS en cuestiones armamentistas, mismo que reviste importancia dada la resolución 1540 (2004); el *jus cogens* como un conjunto de normas superiormente jerárquicas al resto del Derecho Internacional y; los DDHH, entendidos como parte integral de los principios y propósitos de la ONU.

Cabe destacar, que en la literatura se consideran algunas otras previsiones que pudieran representar restricciones generales a las acciones del CS y, que, por lo tanto, pudieran también significar limitantes a su poder legislativo. Sin embargo, hemos decidido concentrarnos en los límites arriba mencionados en cuanto que se considera que son los más adecuados para demostrar un uso excesivo de la doctrina de los poderes implícitos como herramienta para justificar una expansión desmesurada de los poderes del CS. Dicho lo anterior, y con el fin de puntualizar la existencia de frenos a los actos del CS, es posible hacer mención que de entre los límites generales más comúnmente reconocidos en la literatura se encuentra a los principios y propósitos de la ONU⁴³⁸, dentro de los cuales, evidentemente, se incluye al principio de igualdad soberana entre

⁴³⁸ Véase: David Schweigman, *Op. Cit.*, pp. 181-182; Erika De Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, *Op. Cit.*, pp. 191-195; Luis Miguel Hinojosa Martínez, “The Legislative Role of the Security Council in its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits”, *Op. Cit.*, p. 345.

los Estados⁴³⁹, al principio de buena fe⁴⁴⁰; y, a los asuntos que se consideran como de jurisdicción exclusiva de los Estados⁴⁴¹.

Como señala Erika de Wet⁴⁴², el hecho de que los principios y propósitos especificados por la CNU⁴⁴³ sean considerados como amplios y vagos ha propiciado que se cuestione su utilidad como verdaderos límites a los actos del CS. A dichos cuestionamientos, acompaña la creencia errónea de que siendo que el artículo 24(2) de la CNU se refiere a estos de forma colectiva, para que las acciones del CS constituyan una violación, estas, no deben corresponder con ninguno de tales principios o propósitos. Evidentemente, dada la amplitud e interpretación evolutiva de tales preceptos, el uso de los principios y propósitos podría resultar más bien en un ensanchamiento de los poderes del CS en vez de un control de los mismos. Para la citada autora, dicho escenario es poco probable. En primer término, explica que la referencia colectiva obedece al hecho de que tanto principios como propósitos ya han sido nombrados individualmente en los artículos 1 y 2 de la CNU por lo que no existe razón para repetirlos. De tal manera, el CS no puede mantener la paz y seguridad internacionales a expensas de ninguno de estos. En segundo plano, afirma que una negación tan completa del núcleo de la CNU representado por los propósitos y principios en ella contenida no puede realizarse de acuerdo a los poderes implícitos del CS. Estos, permiten al Órgano tomar medidas no contempladas en la CNU, pero que son necesarias para el cumplimiento de sus funciones. De tal manera, al existir alguna laguna que prevenga el que esto ocurra, el CS puede echar mano de sus poderes implícitos para subsanarlos. No obstante, los poderes implícitos no le permiten anular limitantes específicas contenidas en la CNU, en cuanto a que un poder tan amplio tendría el efecto de tornar redundante a cualquier otra previsión contenida en dicho instrumento.

⁴³⁹ Véase: David Schweigman, *Op. Cit.*, pp. 172-173; Kenneth Manusama, *Op. Cit.*, pp. 51-55.

⁴⁴⁰ David Schweigman, *Op. Cit.*, pp. 173-178; Erika De Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, *Op. Cit.*, pp. 195-198.

⁴⁴¹ Véase: David Schweigman, *Op. Cit.*, pp. 178-179; Kenneth Manusama, *Op. Cit.*, p. 33.

⁴⁴² Erika de Wet, *Op. Cit.*, pp. 193-193.

⁴⁴³ Además de la meta fundamental de salvaguardar la paz y seguridad internacionales, los propósitos de la ONU incluyen el respeto a la libre determinación de los pueblos, la resolución de problemas socio-económicos y humanitarios y la promoción de los DDHH. Con respecto a los principios, estos incluyen la igualdad soberana de los Estados Miembros, la obligación de actuar de buena fe, la obligación de los Estados Miembros de resolver las disputas de forma pacífica, la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza unilateral, la obligación de los Estados Miembros de asistir a las Naciones Unidas en las acciones que emprenda de acuerdo con la CNU, la obligación de la ONU de asegurarse de que los Estados no Miembros actúen de conformidad con los propósitos y principios de la ONU y, la obligación de la ONU de no intervenir en los asuntos de jurisdicción interna de los Estados. Véase, *Ibid.*, p. 192.

Por su parte, Kenneth Manusama⁴⁴⁴ señala que pese a que no es posible extraer límites aparentes ni realistas de las previsiones jurisdiccionales contenidas en los Capítulos VI y VII de la CNU –específicamente de los artículos 33, 34 y 39-, no puede aceptarse completa discrecionalidad por parte del CS en el ejercicio de sus poderes, particularmente en lo relativo al principio de legalidad. Con esto en mente, el citado autor explora los posibles límites a los actos del CS contenidos en el artículo 2(7) de la CNU, mismo que previene a la ONU de intervenir en asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados. De tal manera, pese a la excepción contenida en dicho numeral que establece que tal principio no se opone a aplicación de medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII, considera que es posible encontrar límites dentro del artículo 2(7) a lo que el CS puede determinar como una amenaza a la paz en virtud del artículo 39. Bajo esta perspectiva, se considera que si bien es cierto que los acuerdos internacionales con los que incurre un determinado Estado limitan las áreas que pueden considerarse cómo parte de su jurisdicción exclusiva e incluso que dicho Estado puede someter dicha jurisdicción a las decisiones del CS, todavía debe de prevalecer cierto estándar que prevenga el socavamiento total de su soberanía así como de su independencia política. Dicho estándar, se encuentra contenido en el Derecho Internacional, la soberanía y la independencia estatal y puede ser identificado –si bien con ciertas complicaciones-, en aquellos rasgos que son esenciales para la existencia misma del Estado.

Autores como Craig Forcese⁴⁴⁵, consideran que la emisión de resoluciones legislativas por parte del CS ha reemplazado la igualdad soberana de los Estados no con democracia, sino con una oligarquía internacional. Al respecto, señala que la descripción del sistema internacional como una oligarquía no es necesariamente peyorativa tomando en cuenta que este a menudo es caracterizado en términos anárquicos. Incluso, concede que socavar la soberanía estatal es algo que ocasionalmente se espera de un CS efectivo. Sin embargo, considera que el verdadero problema de la emisión de resoluciones legislativas con respecto a la soberanía estatal radica en la disrupción que pueden causar las acciones del CS a sistemas democráticos internos cuidadosamente balanceados, misma que puede afectar la separación de poderes sobre la cual están construidas las democracias liberales. En relación con este

⁴⁴⁴ Kenneth Manusama, *Op. Cit.*, pp. 51-55.

⁴⁴⁵ Craig Forcese, *Op. Cit.*, p. 177.

tema, podemos remitirnos de nuevo a la opinión de la profesora Torrecuadrada⁴⁴⁶ quien considera que al emitir la resolución 1373 (2001), el CS, claramente afectó de modo directo el ejercicio de la soberanía territorial del Estado que, de acuerdo con el laudo arbitral de la Isla de Palmas, supone su derecho en exclusiva de ejercer actividades estatales.

Finalmente, de entre los límites generales previamente mencionados, es necesario subrayar que el CS también está constreñido en sus acciones por el principio de buena fe. Para David Schweigman⁴⁴⁷, dicho principio es inherente a la norma fundamental *pacta sunt servanda*. De tal manera, en el ejercicio de sus acciones, el CS debe actuar de buena fe en cumplimiento de dicha norma, lo que significa que no puede abusar de sus derechos o poderes, así como que no puede actuar de forma arbitraria. Entonces, las acciones del CS deben de estar objetivamente dirigidas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Lo que es más, acorde con el principio de buena fe, dichas acciones deben de ser necesarias y proporcionales al fin perseguido, a saber, mantener o restaurar la paz y seguridad internacionales. No obstante, en la práctica, podría resultar harto complicado el determinar que el CS ha actuado de forma contraria al principio de buena fe debido a que, para que esto ocurriera, tendría que existir un abuso de derecho manifiestamente grave. Un abuso de tal naturaleza, solo podría ocurrir en el caso de que el CS actuara de manera evidentemente desproporcional o innecesaria al intentar procurar o mantener la paz y seguridad internacionales.

De manera independiente, sería difícil imaginar un escenario en el que alguna de las limitantes arriba reseñadas condicionara de manera específica los actos del CS. No obstante, al considerarlas como un todo integral, es posible cuestionarse acerca de si verdaderamente la emisión de resoluciones legislativas está contemplada, si bien de manera implícita en la CNU. De tal manera, tomando en cuenta que la obligación que tiene el CS de actuar de buena fe se complementa con aquella derivada del principio de proporcionalidad, misma que lo compele a realizar únicamente las acciones necesarias para el cumplimiento de su misión primordial, habrá de dedicarse un espacio al análisis de dicho principio, en cuanto a que se considera que los actos del CS lo han rebasado puesto que existen otras vías, incluso dentro del esquema jurídico de Naciones Unidas,

⁴⁴⁶ Soledad Torrecuadrada García-Lozano, “La Expansión de las Funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Problemas y Posibles Soluciones”, *Op. Cit.*, p. 381.

⁴⁴⁷ David Schweigman, *Op. Cit.*, pp. 173-177.

de afrontar los vacíos normativos llenados por el Consejo a través de sus resoluciones legislativas.

Finalmente, habrán de concentrarse esfuerzos en la revisión de algunas previsiones del Capítulo VII, específicamente, los artículos 39 y 41 de la CNU, en cuanto a que dichos preceptos constituyen la base jurídica sobre la cual se ha pretendido justificar la adopción de resoluciones legislativas. Por medio de dicha empresa, se espera comprobar que el contexto histórico en el cual fueron adoptadas dichas previsiones, la intención de sus redactores de que estas dotaran al CS de fuerza ejecutiva manifestada a través del lenguaje que las compone, así como el contexto en el que se encuentran en relación con algunos otros preceptos contenidos en la CNU que permiten realizar un análisis sistémico de la misma, permitirán comprobar que el tratado fundacional de la ONU no permite la deducción de una competencia legislativa por parte del CS. De tal manera, mientras que ciertamente somos partidarios de realizar interpretaciones teleológicas de la CNU que permitan a sus sub-organismos realizar las funciones para las que fueron creadas, afirmamos la creencia de que, en primer término, para deducir un poder implícito de cualquier tratado debe de existir un poder expreso que lo permita; y, en segundo término, que tal deducción nunca debe de realizarse a costa del principio de legalidad.

5.2.1 Los Límites a la Expansión Competencial del Consejo de Seguridad a la Luz de la Doctrina de los Podres Implícitos

La base para determinar la competencia de una OI se encuentra en su tratado constitutivo. Dicha competencia no solo puede encontrarse en las previsiones expresas de tal instrumento, sino también en lo que debe considerarse como implícitamente conferido por este. Esta es la teoría de los poderes implícitos –conocida también como la doctrina de los poderes implícitos- que se asienta sobre el llamado principio de efectividad, mismo que establece que dada la naturaleza especial de los tratados constitutivos, estos deben de interpretarse en función de los fines de la organización, pues de otra forma esta carecería de la efectividad requerida para la consecución de sus objetivos. En contraste con dicho principio está el enfoque legalista, que considera que las competencias de las que goza una organización deben estar expresamente atribuidas

en el instrumento que las crea. Ciertos autores, consideran que dicho enfoque debe de ser descartado por irrealista⁴⁴⁸.

Con respecto a lo que denomina la doctrina de las competencias implícitas, el profesor Antonio Remiro comenta:

*“...La doctrina de las competencias implícitas, desarrollada por la jurisprudencia internacional sobre el modelo de los Estados de estructura federal, pretende contribuir al dinamismo y autonomía de la Organización, facilitando la realización de los objetivos convenidos en el tratado constitutivo en función de nuevos desafíos no expresamente previstos en él, sin tener que recurrir para ello al procedimiento de su revisión [...], lento y engorroso por lo general. Se trata sin embargo de un camino no exento de dificultades y riesgos, en la medida en que es preciso encontrar el equilibrio entre la flexibilidad que permite adaptarse a nuevas circunstancias y el respeto de la legalidad definido en el instrumento fundacional.”*⁴⁴⁹

Aparentemente, el profesor Remiro no coincide con la visión que considera que el origen propio de las competencias o poderes implícitos sea el tratado constitutivo *per se*, puesto que, de acuerdo con el profesor “las necesidades de la vida internacional pueden conducir a que, para la consecución de sus fines, las Organizaciones cuenten con competencias no expresamente previstas en los instrumentos básicos, que resultan de una práctica consentida que deviene consuetudinaria y pasa a formar parte de las *reglas de la Organización*”⁴⁵⁰. Aunque a primera vista pudiera resultar una sutileza, la diferente percepción entre ambas visiones representa un debate doctrinal de gran trascendencia para la investigación propuesta. Tal diferencia reside en la naturaleza misma de la existencia de los poderes implícitos.

Entonces, ¿Qué importancia tiene determinar el origen de los poderes implícitos? Por un lado, si se aceptase la tesis de que dichos poderes surgen con la creación misma del tratado constitutivo de la Organización, es decir, que le son inherentes⁴⁵¹; aquellos

⁴⁴⁸ Ingrid Detter, *Law Making by International Organizations*, (Estocolmo: P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1965), p. 29.

⁴⁴⁹ Antonio Remiro Brotons, *et. al.*, *Derecho Internacional Curso General*, *Op. Cit.*, p. 151.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 150.

⁴⁵¹ Partiendo de la base de la doctrina de los poderes implícitos se ha desarrollado una menos laureada doctrina de los poderes inherentes que postula precisamente que basta el establecimiento de una OI para que se le tengan por conferidos todos aquellos poderes necesarios para su funcionamiento. Dicho sea de otro modo, mientras los actos que realice la organización no sean contrarios a su instrumento constitutivo

que quisieran hacerlo, tendrían un margen muy reducido para oponerse a una aplicación de tales poderes que se considerase excesiva. Después de todo, aunque la parte lesionada argumentase la inconstitucionalidad de la competencia que le afecta, si se considera que dicha facultad ya se encontraba implícita en el tratado constitutivo de la organización no podría impugnarla puesto que al adherirse a dicho instrumento la habría consentido *a priori*.

Por otro lado, si la determinación y el ejercicio de posibles poderes implícitos contenidos en un tratado constitutivo dependiese de “la práctica consentida que deviene en consuetudinaria” a fin de que tales poderes lleguen a formar parte de las “reglas de la Organización”, esto supondría que para comprobar la existencia de competencias implícitas sería necesario la realización y consentimiento *a posteriori* de una práctica no contraria al tratado fundacional. En otras palabras, aunque el instrumento básico permita la expansión competencial de la organización, para que esta se materialice como derecho interno de la misma debe pasar por un proceso de producción normativa consuetudinaria. De ser el caso, los Estados miembros de la organización pudieran, por lo menos en principio, oponerse a una facultad que considerasen excesiva.

Entonces, de la interpretación que se dé sobre el alcance de la doctrina de los poderes implícitos, dependerá que pueda o no justificarse, y de ser así, hasta qué punto, la expansión competencial de una OI sobre la base del principio de efectividad. Una interpretación amplia en donde se considerase que las competencias implícitas de una OI se originan a la par de su instrumento constitutivo supondría, en mi opinión, una carta en blanco para la expansión de sus poderes que pudiera poner en tela de juicio la legalidad de determinada competencia. De tal manera, aunque pudiera sostenerse que los Estados miembros de una organización han consentido a una situación de esta índole al aceptar formar parte de ella, dicho consentimiento sería manifiestamente atenuado; en especial tratándose de aquellos Estados que no fuesen fundadores de la organización.

Si, por el contrario, se aceptase la noción de que se contempla la emergencia de alguna competencia implícita acorde con el marco jurídico del instrumento constitutivo de una OI, tendría que comprobarse la legalidad de la misma a través del ya referido proceso consuetudinario. Esta segunda tesis, más moderada que la anterior; parece más

deben de presumirse legítimos. Como puede apreciarse, la doctrina de los poderes inherentes es básicamente la interpretación más amplia posible de la doctrina de los poderes implícitos. Para una mayor explicación de la doctrina de los poderes inherentes véase: Jan Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, *Op. Cit.*, pp. 75-78.

adecuada frente a la lógica apabullante de que si los creadores de una organización hubiesen contemplado alguna competencia para esta, la hubieran incluido en el tratado fundacional. Además, la participación de los Estados Miembros en el proceso y la manifestación clara de su consentimiento constituiría una buena protección. Haciendo eco de los riesgos a los que se refiere el profesor Remiro al hacer uso de la doctrina de las competencias implícitas, se considera que una interpretación más restrictiva de la misma reduce el peligro de sacrificar legalidad por efectividad.

Todavía, pese a que resulta posible encontrar referencias jurisprudenciales relativamente remotas con respecto a la doctrina de los poderes implícitos, aun se aprecian en la literatura marcadas divisiones sobre su validez y aplicación. La cuestión ha estado presente en el ámbito internacional desde la época de la Sociedad de Naciones y no obstante el haber sido abordada con anterioridad a la adopción de la CNU, en cuyos trabajos preparatorios figuran referencias esclarecedoras en dicho sentido, no es posible en la actualidad asegurar que la doctrina en comento goce de una aceptación universal. Sin embargo, tampoco se puede negar que difícilmente podrían concebirse muchas de las actividades que realizan las OI y que no están expresamente atribuidas en sus tratados fundacionales sin darle validez, especialmente en el caso particular de la ONU. Muestra de lo anterior, es que tanto la jurisprudencia de la CIJ, como la de su predecesora en la época de la Sociedad de Naciones, la Corte Permanente de Justicia Internacional, han sido decisivas en su desarrollo.

Si bien mediante opiniones consultivas, la tesis de los poderes implícitos hizo su aparición en la jurisprudencia de la CIJ tan pronto en su historia como el año de 1949, en la sentencia relativa al caso *Reparación por Daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas*⁴⁵². Con todo, la aceptación del principio de efectividad por parte de tribunales internacionales precede a la era de Naciones Unidas puesto que se encuentra presente también en la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional. El siguiente extracto de la *Opinión Consultiva sobre la Competencia de la Organización Internacional del Trabajo para Regular, Incidentalmente, el Trabajo Personal del Patrón* resulta ilustrativo en este sentido:

It results from the consideration of the provisions of the Treaty that the High Contracting Parties clearly intended to give to the International Labour

⁴⁵² *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion*: I.C.J. Reports 1949, en adelante: “Reparaciones”.

*Organization a very broad power of co-operating with them in respect of measures to be taken in order to assure humane conditions of labour and the protection of workers. It is not conceivable that they intended to prevent the Organization from drawing up and proposing measures essential to the accomplishment of that end. The Organization, however, would be so prevented if it were incompetent to propose for the protection of wage-earners a regulative measure to the efficacious working of which it was found to be essential to include to some extent work done by employers. If such a limitation of the powers of the International Labour Organization, clearly inconsistent with the aim and the scope of Part XIII, had been intended, it would have been expressed in the Treaty itself. On the other hand, it is not strange that the Treaty does not contain a provision expressly conferring upon the Organization power in such a very special case as the present*⁴⁵³.

Ya en la época de Naciones Unidas, tropezamos con antecedentes del abordaje a la cuestión de la existencia o no de poderes implícitos para las OI y sus organismos previos a la opinión consultiva *Reparaciones* en el propio seno del CS, e incluso, en la Conferencia de San Francisco. Como se evidenciará en el párrafo siguiente, la noción de poderes implícitos de los que puede echar mano el CS se maneja desde la propia concepción del Organismo en virtud del gran margen de discrecionalidad con el que los fundadores de la ONU quisieron dotarlo.

En este sentido, se estima pertinente hacer referencia a ciertos hechos acaecidos durante una de las sesiones tempranas del CS, así como durante la Conferencia de San Francisco, que pueden resultar esclarecedores al tratar el tema de los poderes implícitos. En relación con el “Tratado de Paz con Italia” por medio del cual se encomendó al CS la administración del territorio de Trieste, el delegado australiano en la XCI sesión del CS sustentó la postura de que este no tenía dicha facultad por no estar indicada expresamente en la CNU. En un memorándum posterior emitido por el SG, se señalaba que bajo el artículo 24 de la CNU, los poderes del CS no están restringidos a la concesión específica de facultades contenidas en los Capítulos VI, VII, VIII y XII de la Carta. La interpretación del SG, resulta consecuente con un proyecto de enmienda

⁴⁵³ *Competence of the International Labour Organization to Regulate, Incidentally, the Personal Work of the Employer*, Publications of the Permanent Court of International Justice, Series B-No. 13, Julio 23 de 1926, p. 18.

presentado por Noruega y rechazado en la Conferencia de San Francisco. En dicho proyecto, se pedía que se especificara la facultad del CS para asumir por cuenta de la Organización, en casos especiales, la administración de todo territorio cuya administración por el Estado en posesión constituyera una amenaza a la paz. La enmienda, fue rechazada debido a la oposición del Reino Unido por considerarse innecesaria. La razón: si se detallaban los poderes generales que conferirían al Consejo poderes específicos, podría darse la presunción de que este carecía de otros poderes específicos⁴⁵⁴.

Como se ha indicado, la CIJ ha respaldado la convicción de que las OI deben poseer poderes no explícitamente especificados en sus instrumentos fundacionales de acuerdo con el principio de efectividad. En la ya citada opinión consultiva *Reparaciones*, la Corte sostuvo:

*Whereas a State possesses the totality of international rights and duties recognized by international law, the rights and duties of an entity such as the Organization must depend upon its purposes and functions as specified or implied in its constituent documents and developed in practice. The functions of the Organization are of such a character that they could not be effectively discharged if they involved the concurrent action, on the international plane, of fifty-eight or more Foreign Offices, and the Court concludes that the Members have endowed the Organization with capacity to bring international claims when necessitated by the discharge of its functions*⁴⁵⁵.

De la cita anterior, se desprende que la CIJ favorece una interpretación teleológica de los tratados fundacionales que justifica la existencia de poderes implícitos ligada al desarrollo de estos en la práctica. ¿Hasta qué punto entonces se requiere de la práctica para justificar la existencia de competencias implícitas?

José Enrique Álvarez⁴⁵⁶ indica que, en teoría, los poderes implícitos se basan no en la práctica subsecuente de una organización sino en una autoridad inherente contenida en el tratado constitutivo. En la opinión del profesor Alvarez, aunque usualmente se pretende demostrar la existencia de poderes implícitos bajo la premisa de la necesidad

⁴⁵⁴ Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas (Comentario teórico-práctico de la Carta)*, (Madrid: Escuela de Funcionarios Internacionales, 1958), pp. 234-236.

⁴⁵⁵ *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion*: I.C.J. Reports 1949, p. 180.

⁴⁵⁶ José E. Alvarez, *International Organizations as Law-makers, Op. Cit.*, pp. 92-95.

funcional, en la práctica los poderes implícitos se han utilizado para justificar no solamente poderes considerados esenciales para cumplir los propósitos de una organización, sino también para expandir los mismos. Según Álvarez, dicha expansión no siempre atiende a la necesidad o funcionalidad sino simplemente a lo que es deseable o meramente consistente con el tratado fundacional.

Además de *Reparaciones*, existen otras opiniones consultivas de la CIJ que usualmente son referentes en el tema de los poderes implícitos. Una de ellas es la *Opinión Consultiva sobre los Efectos de las Sentencias del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas cuando deciden indemnizaciones del 13 de Julio de 1954*⁴⁵⁷, otra es la *Opinión Consultiva sobre Ciertos Gastos de las Naciones Unidas del 20 de Julio de 1962*⁴⁵⁸. Mediante dichos pronunciamientos, la CIJ reiteró su postura sobre la validez del principio de efectividad como vehículo de la determinación de los poderes implícitos de Naciones Unidas, indicando que dichos poderes no son ilimitados, al mismo tiempo que declaraba una presunción de legalidad a favor de la Organización siempre y cuando esta actuara con miras a la consecución de sus propósitos.

Pese a estar dotada de una gran fuerza, la presunción de legalidad a la que se alude no es absoluta. En este sentido, se advierte que la CIJ estableció dicha presunción en función de que ningún órgano de Naciones Unidas ha sido investido con el poder de interpretar autoritariamente la CNU, y de este hecho se desprende el que lógicamente cualquier EMNU pueda, en cualquier instancia, disputar la interpretación de la Carta por parte de la Organización, así como la legalidad de cualquier decisión basada en dicha interpretación. Lo anterior, significa que no toda determinación o interpretación por

⁴⁵⁷ Véase *Effect of Awards of Compensation made by the U.N. Administrative Tribunal, Advisory Opinion of July 13th, 1954: I.C.J. Reports 1954*, p. 57: “In these circumstances, the Court finds that the power to establish a tribunal, to do justice as between the Organization and the staff members, was essential to ensure the efficient working of the Secretariat, and to give effect to the paramount consideration of securing the highest standard of efficiency, competence and integrity. Capacity to do this arises from necessary intentment of the Charter.”

⁴⁵⁸ Véase *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C.J. Reports 1962*, p. 168: “The primary place ascribed to international peace and security is natural, since the fulfilment of the other purposes will be dependent upon the attainment of that basic condition. These purposes are broad indeed, but neither they nor the powers conferred to effectuate them are unlimited. Save as they have entrusted the Organization with the attainment of these common ends, the Member States retain their freedom of action, But when the Organization takes action which warrants the assertion that it was appropriate for the fulfilment of one of the purposes of the United Nations, the presumption is that such action is not *ultra vires* the Organization.”

parte del CS deba ser aceptada como legalmente correcta. Por el contrario, lo que esto supone es que los Estados retienen un poder de apreciación independiente⁴⁵⁹.

Benedetto Conforti⁴⁶⁰, considera que la Corte ha injustificada e ineffectivamente utilizado la teoría de los poderes implícitos para inferir poderes de las previsiones de la CNU relativas a los propósitos generales de la ONU. Razona, que siendo que la CNU es un acuerdo internacional, debe de ser leída conforme a las reglas aceptadas para la interpretación de los tratados. De tal manera, rechaza la interpretación subjetiva que intenta establecer las intenciones efectivas de las partes contratantes en vez de las intenciones declaradas que considera deben deducirse del significado que sea claro en el texto. Asimismo, critica el enfoque constitucional por medio del cual la CIJ ha extendido el alcance de ciertos órganos de Naciones Unidas con base a los objetivos de la misma que estima vagos para dicho propósito. Para este comentarista, habría que ejercer extrema cautela en equiparar a la CNU con una constitución mediante una analogía con una figura de derecho doméstico que imita la práctica de la Suprema Corte de los Estados Unidos mediante la cual, dicho tribunal ha extendido los poderes del gobierno federal de aquel país.

En una línea similar, Jan Klabbbers⁴⁶¹ rechaza la idea de que los instrumentos básicos de las OI sean significativamente distintos del resto de los tratados internacionales. De acuerdo con este autor, aquellos que defienden una interpretación de dichos instrumentos en función de los objetivos de la organización atribuyen a estos características particulares⁴⁶² que en realidad no son en absoluto exclusivas de ellos ya que son compartidas por otro tipo de acuerdos internacionales, como pueden ser los “*law-making treaties*”. Para Klabbbers, gran parte del origen de la tendencia de interpretar teleológicamente los tratados constitutivos proviene del sentir de que crear un órgano como puede ser Naciones Unidas es más importante que crear, utilizando su ejemplo, un acuerdo internacional sobre el comercio de bombillas. Lo anterior, lo lleva a concluir que los sentimientos por si mismos no son útiles para justificar una interpretación distinta a las reglas tradicionales sobre interpretación de los tratados,

⁴⁵⁹ Antonios Tzanakopoulos, *Op. Cit.*, p. 113.

⁴⁶⁰ Benedetto Conforti, *Op. Cit.*, pp. 12-14.

⁴⁶¹ Jan Klabbbers, “An Introduction to International Institutional Law”, *Op. Cit.*, pp. 102-103.

⁴⁶² Específicamente, que las OI se crean por un periodo de tiempo indefinido y que la revisión del tratado constitutivo depende de los órganos de la organización lo que no ocurre con un tratado “normal” al que generalmente revisan las partes... Véase, *Ibid.*

exceptuando aquellas permitidas por el artículo 5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Por su parte, en su ensayo intitulado “*The “Federal Analogy” and UN Charter Interpretation: A crucial Issue*”⁴⁶³, Gaetano Arangio-Ruiz se ocupa de desmentir la analogía federal que utilizan los partidarios de equiparar la CNU con una constitución. Para él, dicha analogía no ha sido demostrada y es poco plausible. Por tanto, no puede asumirse que la doctrina de los poderes implícitos pueda ser utilizada como una herramienta interpretativa de la CNU para la determinación de poderes de los órganos de la ONU. Mediante una minuciosa comparación entre la estructura de los Estados federales y el esquema de Naciones Unidas, el citado académico llega a la conclusión de que la errónea aplicación de la doctrina de los poderes implícitos ha devengado en expansiones competenciales de los órganos de la ONU, particularmente del CS, que favorecen al hegemonismo internacional y que tienden a institucionalizarlo. En su opinión, las transformaciones que ha sufrido y está sufriendo la CNU atienden a la concepción equívoca de la ONU como un súper-estado cuando su verdadera condición es la de un foro multinacional -si bien desigual- para la cooperación y discusión entre los Estados. Por ende, cualquier pretensión de transformar a la Organización en algo más que esto debe de ser abordada mediante una reforma a la CNU en la que participen adecuadamente todos sus Miembros por difícil que esto pudiera resultar.

Fuera del ámbito de Naciones Unidas, merece estudio aparte el caso de la UE, en el cual, no ahondaremos a fin de no desbordar el objeto del presente trabajo. Basta con puntualizar que, en la esfera comunitaria, la doctrina de los poderes implícitos ha jugado un papel preponderante en el establecimiento y desarrollo de las competencias de los órganos de la Unión, hasta el grado en que difícilmente pudiera concebirse la impresionante expansión jurisdiccional acaecida en dicha Organización sin ella. Como referencia del punto expuesto, pueden citarse las palabras de José M. Areilza quien, al respecto, comenta:

De modo progresivo, los tratados han sido leídos para permitir que la acción comunitaria se expandiese a nuevos ámbitos sin necesidad de reformar su texto.

Los tratados contienen disposiciones que regulan el ritmo de la acción comunitaria en este sentido, estableciendo períodos transitorios o etapas para la

⁴⁶³ Gaetano Arangio-Ruiz, *Op. Cit.*, pp. 1-28.

*realización de distintas políticas. Pero, en su mayor parte, la lectura expansiva de los tratados no se ha apoyado tanto en el texto de los mismos como en una interpretación teleológica de los poderes comunitarios y una teoría generosa de los poderes implícitos de la Comunidad*⁴⁶⁴.

En suma, al hacer referencia a la doctrina de los poderes implícitos, resulta posible encontrar toda una gama de matices interpretativos que van desde aquellos⁴⁶⁵ a quienes tranquilizaría ver que ocasionalmente se considerara que la CNU ha sido simplemente violada, y no reformada mediante acuerdo tácito o la vía consuetudinaria que supone el uso de la doctrina; hasta aquellos⁴⁶⁶ que llegan a afirmar que no existen los actos de *compétence de la compétence*, pues más bien son interpretaciones que ponen de manifiesto los poderes implícitos ya existentes; pasando por aquellos⁴⁶⁷ que consideran que la doctrina va en desuso debido a que muchas OI han alcanzado sus límites expansivos. Sin embargo, en lo que sí parece haber consenso es en que a través del uso de esta doctrina las OI han expandido su alcance, particularmente el CS, órgano que difícilmente podría funcionar como actualmente lo hace sin recurrirse a ella⁴⁶⁸.

Como puede apreciarse, existen divisiones en cuanto al alcance y aplicación del principio de efectividad como fundamento para la determinación y el ejercicio de competencia implícitas. Por otro lado, la jurisprudencia de la CIJ establece una presunción de legalidad que invita a justificar el alargamiento en las competencias del CS, al tiempo que puntualiza que la determinación y ejercicio de dichas competencias no es carente de límites. En lo particular, se considera que solo en aquellos casos en que se haya encontrado un balance entre legalidad y funcionalidad podrá decirse que se ha realizado un uso correcto de la doctrina de los poderes implícitos. De tal manera, pese a que se reconoce la importancia de permitir cierto grado de flexibilidad en el desarrollo y ejercicio de competencias a las OI en aras de la funcionalidad, también se juzga incorrecto circundar la legalidad de los tratados constitutivos que les dieron origen.

En este sentido, se razona que un uso apropiado del principio de funcionalidad conlleva una cuidadosa valoración de las intenciones de las partes que dieron origen a

⁴⁶⁴ José M. de Arcilza Carbajal, “El Principio de Subsidiariedad en la Construcción de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15., nº 45, Septiembre-Diciembre 1995, p. 56.

⁴⁶⁵ Gaetano Arangio-Ruiz, *Op. Cit.*, p. 25.

⁴⁶⁶ Ingrid Detter, *Op. Cit.*, p. 41.

⁴⁶⁷ Jan Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, *Op. Cit.*, pp. 80-81.

⁴⁶⁸ José E. Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, *Op. Cit.*, pp. 92-93.

determinada OI, pero, sobre todo, implica el haber considerado escrupulosamente los límites que pudieran estar comprendidos en el tratado fundacional de dicha organización. De tal suerte, aunque hasta ahora solo se ha identificado como límite al ejercicio de poderes implícitos el que estos sean consecuentes con los fines de la organización, se considera que el alcance que ha tenido el desarrollo de este tipo de poderes por parte del CS, obliga a la búsqueda de otras limitantes a su expansión competencial. De tal suerte, se intentarán encontrar dichos confines a través del contraste entre lo que expresamente se encuentra contenido en la CNU y las posibles justificaciones de las resoluciones legislativas del CS que pudieran realizarse con base a la doctrina de los poderes implícitos.

5.2.2 El Principio de Proporcionalidad como Límite a la Expansión Competencial

Como se ha podido constatar, por medio de su jurisprudencia, la CIJ ha validado la aplicación de la doctrina de los poderes implícitos en múltiples ocasiones. Al emitir su Opinión Consultiva con respecto al asunto de *Namibia*, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse explícitamente respecto a la posesión de poderes implícitos por parte del CS. De tal manera, al determinar la base jurídica de la resolución 276 (1970)⁴⁶⁹ mediante la cual el CS declaró la ilegalidad de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia, la CIJ, manifestó lo siguiente:

As to the legal basis of the resolution, Article 24 of the Charter vests in the Security Council the necessary authority to take action such as that taken in the present case. The reference in paragraph 2 of this Article to specific powers of the Security Council under certain chapters of the Charter does not exclude the existence of general powers to discharge the responsibilities conferred in paragraph 1. Reference may be made in this respect to the Secretary-General's Statement, presented to the Security Council on 10 January 1947, to the effect that "the powers of the Council under Article 24 are not restricted to the specific grants of authority contained in Chapters VI, VII, VII and XII... the Members of the United Nations have conferred upon the Security Council powers commensurate with its responsibility for the maintenance of peace and security.

⁴⁶⁹ Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad de ONU, de fecha 30 de enero de 1970.

The only limitations are the fundamental principle and purposes found in Chapter I of the Charter.”⁴⁷⁰

Del pasaje aludido se desprende que a la par de los poderes específicamente conferidos al CS mediante los Capítulos VI, VII, VIII y XII de la CNU, este, posee poderes implícitos generales, mismos que se basan en su responsabilidad general de mantener la paz y seguridad internacionales y, que, además, requiere para desempeñar sus funciones de manera efectiva. En este contexto, conviene recordar que la doctrina de los poderes implícitos ha sido aceptada debido a la necesidad de adaptarse ante las siempre cambiantes circunstancias con las que toda OI debe enfrentarse. De este modo, la organización se vuelve más flexible en aras de funcionar con mayor efectividad. No obstante, la utilización del principio de efectividad puede llegar a socavar y contradecir al imperio de la ley. De tal manera, reconocer al CS poderes que pueden ser encontrados fuera de la CNU, basándose únicamente en una noción vaga y discrecional del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, conlleva el peligro de emitir un cheque en blanco para dicho Organismo. Ante este escenario, cabe cuestionarse sobre la existencia de límites al uso de poderes implícitos por parte del CS. En primer término, se advierte que el uso de poderes implícitos generales por parte del Consejo debe de estar confinado, por lo menos, al ámbito de la paz y seguridad internacionales. Por ende, tales poderes no deben de ser contruidos de manera tal que permitan al Órgano violar o exceder la asignación o los límites de su autoridad en virtud de la CNU. Consecuentemente, la existencia de poderes implícitos no faculta al CS para ignorar o contravenir previsiones específicas de la CNU⁴⁷¹.

Paradójicamente, al remitirse a consideraciones más recientes realizadas por la CIJ con respecto al desarrollo y uso de poderes implícitos por parte de las OI, puede advertirse, si bien entre líneas, lo que quizá constituya un enfoque más moderado de la Corte con respecto a esta doctrina:

The powers conferred on international organizations are normally the subject of an express statement in their constituent instruments. Nevertheless, the necessities of international life may point to the need for organizations, in order to achieve their objectives, to possess subsidiary powers which are not expressly

⁴⁷⁰ “Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (Southwest Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)”, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 52.

⁴⁷¹ Kenneth Manusama, *Op. Cit.*, pp. 38-39.

*provided for in the basic instruments which govern their activities. It is generally accepted that international organizations can exercise such powers, known as "implied" powers*⁴⁷².

Del pasaje citado, es posible inferir que, a fin de determinar los poderes de un órgano, es preciso primero buscarlos en el tratado constitutivo mediante el cual fueron creados. De no encontrarse, y de ser *necesarios* para el cumplimiento de sus objetivos, cabría entonces la posibilidad de preguntarse si dichos poderes se encuentran implícitamente incorporados –o latentes- en el tratado fundacional. De ser este el caso, y de acuerdo a lo que declara la CIJ en el extracto arriba citado de su Opinión Consultiva sobre la *Ilicitud de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares*, la naturaleza de tales poderes es subsidiaria y, por lo tanto, su aplicación se encuentra condicionada a los poderes explícitos conferidos al CS mediante la CNU. En mi opinión, de las consideraciones citadas se desprende la importante conclusión de que tales competencias no son inherentes. En otras palabras, tiene que haber un poder explícito del cual pueda deducirse la existencia de determinado poder implícito. De lo contrario, se estaría adquiriendo un poder únicamente en virtud de la necesidad, lo cual, constituiría una carta en blanco para la organización⁴⁷³.

Tomando en cuenta las consideraciones anteriores, se razona que, en el ejercicio de sus poderes implícitos, el CS se encuentra limitado por el principio de proporcionalidad. Como explica De Wet⁴⁷⁴, dicho principio requiere la existencia de un vínculo racional entre los medios y el fin perseguido, así como de que el daño infligido por tales medios no sea desproporcional a dicho fin. En su opinión, este principio es inaplicable al CS debido a que no es compatible con la flexibilidad que requiere el Órgano para actuar rápida y efectivamente. En apoyo a su dicho, De Wet explica que, si el CS estuviese limitado por el principio de proporcionalidad, se vería forzado a agotar todas las medidas no vinculantes o no armadas posibles antes de autorizar, por ejemplo, el uso de la fuerza. No obstante, autores como David Schweigman⁴⁷⁵ defienden una postura contraria a la de De Wet. Para el citado autor, aun considerando que los principios generales de derecho poseen una jerarquía menor a la que tienen los tratados y la

⁴⁷² *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996, p. 79.

⁴⁷³ Jan Klabbers, "An Introduction to International Institutional Law", *Op. Cit.*, p.74.

⁴⁷⁴ Erika De Wet, "The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council", *Op. Cit.*, pp. 184-185.

⁴⁷⁵ David Schweigman, *Op. Cit.*, pp. 201-202.

costumbre internacional y, que, por lo tanto, en principio no pueden limitar al CS, es preciso tomar en cuenta que algunos principios generales, como es el caso del principio de proporcionalidad, se encuentran expresamente incorporados a la CNU. De tal suerte, si bien se coincide con Erika de Wet en el sentido de que el CS no se encuentra restringido a adoptar sus decisiones de forma gradual y ascendente, por otro lado, se concuerda con Schweigman en cuanto a que efectivamente el principio de proporcionalidad se encuentra adherido la CNU, razón por la cual, evidentemente rige al CS. De tal manera, se considera que la correcta apreciación de su cumplimiento por parte del CS, depende no tanto del tipo de medidas que adopte –siempre y cuando estén permitidas por la CNU-, sino de que tan necesarias sean dichas medidas.

Por su parte, el profesor Luis Miguel Hinojosa⁴⁷⁶ señala que existen diversas previsiones en la CNU que habilitan al CS a adoptar medidas “necesarias” para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales⁴⁷⁷. Añade, que de esto puede inferirse que el CS no puede ir más allá de lo indispensable en el ejercicio de los poderes excepcionales de los que goza en virtud del Capítulo VII de la CNU. Asimismo, considera que el hecho de que artículo 2(7) de dicho Tratado establezca como principio general el que la ONU no intervendrá en los asuntos internos de los Estados, al tiempo que contempla como excepción a dicho principio la aplicación de “medidas coercitivas” prescritas en el Capítulo VII, también conlleva una interpretación restrictiva sobre la capacidad del CS para intervenir en este contexto. Con todo, Hinojosa advierte que, en la práctica, el principio de proporcionalidad ha jugado un rol sumamente modesto como límite del ejercicio de los poderes del CS en virtud del Capítulo VII. Sobre este tema, no podemos sino coincidir con el citado autor cuando señala que, a falta de algún mecanismo de revisión judicial directo a las decisiones del Consejo, será este, en última instancia, quien decida sobre el alcance y la necesidad de sus propias acciones.

En lo particular, se entiende que difícilmente puede inferirse que el uso de competencias legislativas sea necesario para que el CS ejecute adecuadamente sus tareas. Siendo que la CNU explícitamente confiere al Consejo un rol ejecutivo y no uno legislativo, el deducir un poder legislativo dentro de su mandato, no solo incrementa considerablemente sus poderes, sino que también altera significativamente su función.

⁴⁷⁶ Luis Miguel Hinojosa Martínez, “The Legislative Role of the Security Council in its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits”, *Op. Cit.*, p. 349.

⁴⁷⁷ Específicamente los artículos 24(3), 40, 42, 43(1) y 50 de la CNU, véase, *Ibid.*

De esta forma, el CS pasa de ser un “aplicador de normas” a un “productor de normas”. Por ende, difícilmente puede considerarse que la CIJ haya tenido la intención de que la doctrina de los poderes implícitos tuviera tal efecto. No obstante, aquellos que se decantan por esta opción, aplauden el enfoque pragmático con que el CS ha abordado las nuevas e inesperadas amenazas a las cuales consideran como un cambio fundamental de circunstancias, mismo que justifica la interpretación teleológica de la Carta. Ante este escenario, Bart Duijzentkunst se cuestiona sobre la pertinencia de dar demasiado peso a interpretaciones evolutivas de la CNU. El referido autor, advierte que, al ser un tratado, la CNU debe de ser interpretada de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena en el sentido de que los tratados deben de ser interpretados conforme al sentido corriente que haya de atribuírsele a sus términos, en el contexto de estos y, teniendo en cuenta su objeto. De tal manera, considera que, aunque ciertamente la Convención de Viena permite la existencia de holgura en la interpretación de un sistema jurídico con el fin de que este se mantenga al día con la realidad política, en el caso que nos ocupa, parece extraño que una línea de argumentación tan débil pueda alterar fundamentalmente previsiones jurídicas bien establecidas. En este sentido, se coincide con Duijzentkunst cuando advierte que la permisibilidad de interpretaciones tan creativas de la CNU conlleva el peligro de que el CS incremente aún más sus poderes al incursionar en asuntos que el Órgano entienda como constitutivos de una amenaza a la paz en términos del artículo 39 de la CNU, como pudieran ser la propagación del SIDA, una gripe aviar o bien el hambre mundial, por nombrar algunos⁴⁷⁸.

5.2.3 La Interpretación Sistémica de la Carta de las Naciones Unidas como Límite a la Expansión Competencial

Como se ha podido constatar, el CS posee una enorme discreción en el ejercicio de sus poderes en virtud del Capítulo VII. Bajo este apartado, ha justificado la emisión de resoluciones legislativas. Por esta razón, se tendrían que inferir forzosamente los poderes implícitos necesarios para que el Órgano pueda ejercer competencias legislativas de dicha sección. La discreción aludida, comienza con una amplia latitud para determinar los hechos susceptibles de ser declarados como una amenaza a la paz en función del artículo 39 de la CNU, amplitud que se extiende a las medidas que el Órgano puede adoptar de acuerdo a lo previsto en el artículo 41 de la Carta. De tal

⁴⁷⁸ Bart Smit Duijzentkunst, *Op. Cit.*, p. 198.

manera, parece importante realizar un mayor escrutinio de los artículos referidos en aras de verificar si a raíz de dichas previsiones es posible deducir poderes implícitos que permitan al CS el ejercicio de competencias legislativas o, si por el contrario, estas están construidas de tal manera que el lenguaje con el que fueron redactadas, las intenciones de aquellos responsables de dicha tarea, así como la naturaleza de los poderes con que quisieron dotar al Consejo, impiden la inferencia de poderes que permitan al Órgano adoptar normas de carácter general y abstracto.

De acuerdo con Stefan Talmon⁴⁷⁹, siendo que las resoluciones legislativas del CS contienen medidas permanentes y vinculantes que no implican el uso de la fuerza, su legalidad debe de valorarse con base a los artículos 39 y 41 de la CNU. En este contexto, explica que dos cuestiones separadas pero interrelacionadas merecen especial atención. La primera de ellas, consiste en saber si el artículo 39 permite la calificación de fenómenos tan generales como la amenaza terrorista o la proliferación de ADM como amenazas a la paz. La segunda, radica en averiguar si la imposición de obligaciones de carácter abstracto y general, tales como la criminalización de ciertos comportamientos o la promulgación de ciertas leyes domésticas, puede estar comprendida dentro del término “medidas” tal y como se encuentra contenido en el artículo 41. Para el citado autor, la respuesta a ambos cuestionamientos es afirmativa. En primer plano, con respecto a la correcta aplicación del término amenaza a la paz contenido en el artículo 39, considera que existe un entendimiento común basado en la práctica del CS de que el concepto de amenaza a la paz se encuentra en constante evolución y, que actualmente, permite la calificación de diversos fenómenos de naturaleza general como amenazas a la paz⁴⁸⁰. Asimismo, considera que acorde con la redacción del artículo 1(1) de la CNU, mismo que contempla tanto la remoción como la prevención de amenazas a la paz, existe una dimensión proactiva de la actividad del CS y no solamente una de carácter remedial. De esta forma, concluye que el CS se encuentra equipado para lidiar con ocurrencias tanto concretas como abstractas que puedan amenazar la paz y seguridad internacionales. Finalmente, sostiene que siendo que el artículo 39 únicamente permite la acción del CS en virtud del Capítulo VII para mantener o restaurar la paz y seguridad, el citado numeral, contiene una restricción

⁴⁷⁹ Stefan Talmon, *Op. Cit.*, pp. 179-183.

⁴⁸⁰ Entre dichos fenómenos se incluye la proliferación y el desarrollo de ADM, actos de terrorismo internacional, el uso de mercenarios, situaciones de emergencia, y la desintegración violenta de Estados. Véase, *Ibid.*, p. 181.

básica que permite al CS actuar como legislador únicamente dentro de los confines de dicho ámbito y no de manera global.

En relación al segundo cuestionamiento planteado por Talmon, algunos autores, tales como Eric Rosand⁴⁸¹, consideran que el artículo 41 de la CNU contiene una previsión negativa, misma que únicamente establece las medidas que el CS no puede adoptar, a saber, medidas armadas. Para el citado autor, la CNU contiene todas las previsiones requeridas para que el CS adopte resoluciones legislativas. No obstante, reconoce como límites a la acción del Órgano al principio de proporcionalidad, así como a los principios y propósitos de la ONU en virtud de los artículos 1 y 2 de la Carta. Su postura, enfatiza el que de acuerdo con el artículo 2(7) de la CNU el Consejo no está obligado a respetar la igualdad soberana de los Estados al actuar bajo el Capítulo VII y, además, defiende que una lectura correcta del artículo 1(1) revela que este solo está obligado a respetar los principios generales del Derecho Internacional cuando actúa aplicando el Capítulo VI. Más aún, de acuerdo con este enfoque, no puede sostenerse la tesis de que el Capítulo VII fue concebido para atajar amenazas o quebrantamientos de la paz específicos, ya que hacerlo, limitaría enormemente la efectividad del CS para cumplir con su responsabilidad primordial.

Talmon⁴⁸², coincide con la visión de que el CS no está restringido por el Derecho Internacional al aplicar el Capítulo VII de la CNU. Igualmente, considera como único límite en este ámbito al derecho de la Carta, concretamente el respeto al principio de proporcionalidad. Para este autor, el CS solo puede legislar ante una situación de emergencia que constituya una amenaza a la paz y seguridad. En esta línea de pensamiento, concluye que al adoptar la resolución 1373 (2001), la emergencia ante la que el Consejo estaba reaccionando no era la laguna que se percibía en la esfera de la legislación internacional anti-terrorista, sino el hecho de que al momento en que se emitió dicha resolución, únicamente cuatro Estados habían ratificado el CIRFT. Bajo este esquema de pensamiento, concluye que la legislación por parte del Consejo solo podría ser considerada *ultra vires* si el impacto causado a los Estados Miembros fuese manifiestamente desproporcional al objetivo perseguido: el mantenimiento de la paz y seguridad internacional.

⁴⁸¹ Eric Rosand, *Op. Cit.*, pp. 555-560.

⁴⁸² Stefan Talmon, *Op. Cit.*, 184-185.

Visto lo anterior, parece válido formular la siguiente pregunta: ¿Puede la falta de obligaciones en el ámbito de la lucha contra el terrorismo considerarse como una emergencia susceptible de activar la acción del CS bajo el Capítulo VII? En mi opinión, una respuesta en sentido afirmativo equivaldría a aceptar que las consideraciones políticas de un órgano minoritario pueden demoler uno de los pilares sobre los que se fundó la Organización a la cual pertenece: el Principio de Igualdad Soberana de los Estados. Considerando que en virtud del artículo 103 de la CNU las obligaciones impuestas por el CS prevalecen sobre cualquier otra obligación convencional adquirida por los EMNU, la situación adquiere dimensiones preocupantes: el Consejo puede y ha relegado el consentimiento de los Estados como base normativa para enfrentar emergencias que determina a discreción.

En este contexto, parece adecuado evaluar el uso de los poderes del CS a luz de “doctrina de la emergencia”. Como puede observarse, la estructura jurídica del Capítulo VII de la CNU se asemeja a los regímenes de excepción domésticos aplicables en situaciones de emergencia. No obstante, aunque concebidos para situaciones excepcionales, estos, a menudo tienden a la normalización por medio de su extensión temporal y espacial, lo cual, provoca que el uso de poderes extraordinarios se convierta en una práctica común del gobierno. Hasta cierto grado, puede pensarse que ocurre un fenómeno similar respecto a la evolución del Capítulo VII. En este sentido, la práctica inconsistente y ambigua del CS ha eludido la imposición de cualquier límite sustantivo o procedimental que pudiera derivarse de la CNU. Ante la ausencia de una revisión judicial adecuada, el CS ha expandido su jurisdicción, alejándose de los asuntos tradicionalmente asociados con la seguridad para ocuparse de temas que anteriormente se asociaban con otros órganos de la ONU o, incluso, con entidades ajenas a la Organización. De este modo, ha logrado asumir funciones legislativas y cuasi judiciales en virtud del Capítulo VII, suscitando cuestionamientos sobre la propiedad institucional para realizarlos. Este tipo de acciones, ponen en riesgo el constitucionalismo arraigado en la CNU, al tiempo que comprometen no solo a la rendición de cuentas y la legitimidad en relación con el CS, sino incluso, con respecto a todo el sistema ONU⁴⁸³.

Mientras que por un lado no se discute que la ausencia de obligaciones en el ámbito del combate al terrorismo –reflejada en este caso particular por la falta de voluntad de

⁴⁸³ Jared Schott, “Chapter VII as Exception: Security Council Action and the Regulative Ideal of Emergency”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 6, N° 1, 2007, pp. 26-27.

los Estados a ratificar el CIRFT- constituyó en su momento un vacío jurídico intolerable que debía rellenarse, por otro lado, sí se pone en tela de juicio la idoneidad del CS para la consecución de dicho fin. José Álvarez⁴⁸⁴ señala que bajo la resolución 1373 (2001) el CS efectivamente legisló porciones de la CIRFT. Álvarez advierte que la resolución en comento tiene características peculiares que no son compartidas por la mayoría del Derecho Internacional: el CS seleccionó solo ciertas previsiones de la en aquel entonces recientemente completada (y por lo tanto escasamente ratificada) convención, añadiendo otras tantas que no se encontraban incluidas en el referido instrumento por no haber ganado apoyo en las negociaciones multilaterales. Además, omitió las previsiones que no fueron de su gusto, entre las cuales se incluían la deferencia explícita a otras disposiciones de Derecho Internacional tales como los derechos al debido proceso de las personas acusadas de ofensas relacionadas con el terrorismo, los derechos de personas extraditadas y, los presupuestos relativos a la revisión judicial⁴⁸⁵.

Como es posible apreciar, interpretaciones como las presentadas por Talmon y Rosand justifican en gran medida el ejercicio de poderes legislativos por parte del CS con base a consideraciones relativas a la habilidad del Órgano para cumplir con su misión primordial, es decir, en función de la efectividad. Ante tales consideraciones, parece oportuno remitirnos a la opinión de la profesora Torrecuadrada cuando en relación con este tema señala que “... la eficacia no es un argumento jurídico suficiente para permitir un exceso en el ejercicio de las competencias atribuidas por el texto constitutivo de la Organización de las que el Consejo de Seguridad es uno de sus Órganos principales. En todo caso, la eficacia no es nunca ni puede ser una justificación jurídicamente sostenible cuando para alcanzarla se deja de respetar la legalidad”⁴⁸⁶. De tal manera, se estima conveniente revisar algunas visiones que, sin pugnar por una interpretación eminentemente legalista de la CNU, realizan consideraciones más apegadas al principio de legalidad, mismo que, de acuerdo con nuestra propia visión, constituye el principio rector de cualquier sistema jurídico.

Una de tales posturas, es aquella ofrecida por Bart Duijzentkunst⁴⁸⁷, quien considera que, pese a que efectivamente el término de “amenaza a la paz” contenido en el artículo

⁴⁸⁴ José E. Álvarez, *Contemporary International Law: An 'Empire of Law' or the 'Law of Empire'*, *Op. Cit.*, pp. 818-819.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, pp. 825-826.

⁴⁸⁶ Soledad Torrecuadrada García-Lozano, “La Expansión de las Funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Problemas y Posibles Soluciones”, *Op. Cit.*, p. 384.

⁴⁸⁷ Bart Smit Duijzentkunst, *Op. Cit.*, pp. 196-197.

39 de la CNU se ha ensanchado de manera tal que hoy en día no solo se aplica a conflictos interestatales, sino que acomoda tanto a conflictos internos como a actores no estatales, todavía, este, debe ser aplicado únicamente en relación a situaciones específicas. Explica, que el lenguaje contenido en el artículo 39 es lo suficientemente claro como para establecer que el CS no puede adoptar reglas generales relacionadas con un conflicto violento *in abstracto*. Por el contrario, de la redacción del citado artículo se desprende que este solo puede responder a una situación ya existente. Duijzentkunst considera errónea la postura que sostiene que el término “medidas” contenido en el artículo 41 de la CNU es lo suficientemente amplio como para incluir la imposición de obligaciones de carácter general y abstracto. Sostiene, que lingüísticamente el término hace referencia al vocablo “sanciones”. De esta forma, el uso reiterado de dicho término en los artículos 40, 41 y 42 de la CNU, sugiere una elección deliberada de instrumentos incidentales. Dicha elección, previene al CS de adoptar medidas de carácter abstracto y general. Dicho argumento, se ve reforzado si se contemplan la clase de medidas que pueden adoptarse en función de tales artículos. Por ejemplo, el artículo 41 se refiere a la ruptura de relaciones económicas y diplomáticas, así como a la interrupción de infraestructura o medios de comunicación como medidas que puede adoptar el Consejo. Inclusive, el artículo 42 menciona demostraciones, bloqueos, u otras operaciones aéreas, marítimas o terrestres. Puede apreciarse, que todos estos instrumentos aplican típicamente a situaciones específicas. De tal manera, no puede si no coincidirse con Duijzentkunst cuando advierte que, si bien el CS posee una amplia discreción para decidir los instrumentos a utilizar para abordar una determinada amenaza a la paz, también lo es que dicha discreción no lo habilita para alterar la naturaleza de las medidas que puede adoptar en virtud del Capítulo VII de la CNU. Entonces, cuando el CS decide congelar los activos de determinada persona, puede considerarse que está llevando a cabo la correcta aplicación de una sanción. No obstante, una vez que decide generalizar dicha medida, no puede considerarse que esté aplicando una sanción, sino que debe entenderse que aplica una regla general. Este tipo de disposiciones, claramente rebasa lo permitido por el lenguaje contenido en el artículo 41 de la CNU que específicamente alude al término “medidas”.

Por su parte, Roberto Lavalle⁴⁸⁸ advierte que, si se analiza al artículo 39 dentro del contexto del Capítulo VII entendido como un todo integral, al mismo tiempo que se le

⁴⁸⁸ Roberto Lavalle, *Op. Cit.*, pp. 420-421.

considera a la luz del preámbulo de la CNU, puede ubicársele en el entorno inmediatamente anterior a la Conferencia de San Francisco. De este modo, tomando en cuenta los trágicos eventos que precedieron a la adopción de la Carta, parece irrazonable que en relación a los propósitos del artículo 39, los redactores de dicho instrumento consideraran que una amenaza a la paz para la comunidad de Estados pudiera constituirse del tipo de amenazas que resoluciones como la 1373 (2001), la 1390 (2002) y la 1540 (2004) pretenden atajar. En este sentido, pese a que el terrorismo es un fenómeno que ya existía con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial, no puede considerarse que los fundadores de la ONU pudieran tener idea de la manera en que este iba a evolucionar, ni mucho menos de la dimensión internacional que habría de adquirir. Por ende, puede inferirse que la intención de los arquitectos del Capítulo VII, así como de todas las previsiones relativas a este, era claramente la de brindar seguridad colectiva ante posibles comportamientos maliciosos perpetrados por un Estado o grupo de Estados; y no la de brindar seguridad colectiva ante situaciones en donde la acción del Estado es, si acaso, un elemento secundario de un fenómeno ubicuo que amenaza a la sociedad internacional en su conjunto. Finalmente, en una línea similar a la de Duijzentkunst, el citado autor concluye que si bien el lenguaje del artículo 41 efectivamente confirma que las medidas en este enunciadas son meros ejemplos de medidas que puede tomar el CS, también indica, que estas deben de ser aplicadas contra Estados. Concluye, que justificar la emisión de las resoluciones 1373 (2001) y 1540 (2004) con base a las previsiones contenidas en el Capítulo VII de la CNU, implica una distorsión considerable de la concepción original del artículo 39, así como del artículo 41 de dicho instrumento.

Algunos autores, tales como Björn Elberling⁴⁸⁹, señalan abiertamente que las resoluciones 1373 (2001) y 1540 (2004) poseen un carácter *ultra vires*. El citado autor, concede que efectivamente el término “amenaza a la paz” contenido en el artículo 39 de la CNU puede ser interpretado de forma tal que comprenda tanto situaciones concretas como abstractas. Asimismo, no repara en admitir que la lista de medidas que no impliquen el uso de la fuerza contempladas por el artículo 41 no posee un carácter exhaustivo. No obstante, considera que una interpretación sistémica de dichas previsiones revela que no comprenden la adopción de medidas legislativas por parte del CS. En primer término, explica cómo los términos “quebrantamiento a la paz” y “acto

⁴⁸⁹ Björn Elberling, *Op. Cit.*, pp. 342-343.

de agresión” incluidos en el artículo 39 claramente se refieren a situaciones concretas, no abstractas. De forma similar, el artículo 40 autoriza al CS a “instar a las partes interesadas” para que adopten cierto comportamiento. Así las cosas, se coincide con el citado autor en que se antoja difícil pensar que la CNU considera que un Estado pueda ser “parte” en una situación abstracta. Añade, que los artículos 33 y 34, mismos que representan la antesala de situaciones que pueden llegar a ser objeto de acción bajo el Capítulo VII, se refieren a “controversias” y “situaciones”, términos que aluden a situaciones concretas. Finalmente, en relación con el artículo 41, advierte que mientras que efectivamente la lista de medidas contenidas en este no es exhaustiva, esto no tiene como consecuencia automática el que el CS pueda adoptar cualquier tipo de medidas que no incluyan el uso de la fuerza. El hecho de que dicha lista contenga solo medidas diseñadas para abordar situaciones concretas y no relativas a normas de aplicación general y abstracta, es una clara indicación de que las medidas adoptadas en función de dicho artículo deben, por lo menos, parecerse en este aspecto a aquellas contenidas en la lista.

Cabe recordar, que siendo que la CNU es un tratado internacional, esta se rige por la Convención de Viena no solo en virtud de este instrumento, sino de que las previsiones contenidas en él son de naturaleza consuetudinaria. Entonces, la CNU debe interpretarse de acuerdo con el artículo 31 de la Convención “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Por ello, el concepto de amenaza a la paz no puede abarcar la generalidad de situaciones que pretende englobar en él el CS, ya que aun teniendo en cuenta el objeto principal de la CNU –el mantenimiento de la paz y seguridad-, el significado que ha dado el Consejo a lo que constituye una amenaza a la paz rebasa por mucho el sentido corriente del término⁴⁹⁰.

De tal suerte, se considera que, efectivamente, un análisis sistémico de las previsiones contenidas en el Capítulo VII de la CNU, conjuntamente realizado con aquellas que se encuentran en su proximidad inmediata, revela que ciertamente no existe disposición expresa alguna de la cual pueda inferirse un poder implícito que permita al CS el ejercicio de competencias legislativas. En consecuencia, se juzga que el CS ha excedido su mandato bajo la CNU. Por ello, aun tomando por cierta la existencia de poderes implícitos para enfrentar emergencias de naturaleza genérica que amenacen

⁴⁹⁰ Mónica Lourdes De la Serna Galván, *Op. Cit.*, p. 160-161.

la paz, y que una emergencia realmente pueda tener un origen abstracto, no queda claro que la emisión de legislación sea la forma necesaria –y por tanto proporcional- de hacerlo. Según lo dicho, parecen clarificadoras las palabras de Axel Marschik:

The concept of implied powers rests on the idea that organizations or their organs must have the powers and competences, which are necessary or essential for the execution of their functions. A high degree of necessity or essentiality are not necessary, especially since a determination as to whether this criterion is fulfilled is subjectively interpreted by the beholder. Nevertheless, the interpretation must be strictly based on the legal order of the sub-system. Legislative powers of the Security Council could thus arise from the need to enact legislation in order to fulfill its functions. The Charter has designated the Council as executive enforcer of peace, which makes recommendations to the parties of a conflict or adopts, under Chapter VII, binding decisions for specific situations. These tools have never been deemed inadequate for its function. Lawmaking competences do not appear necessary for the Council to fulfill its mandate. There is thus little support for the deduction of legislative powers of the Security Council based on the concept of implied powers⁴⁹¹.

Al no estar diseñado el CS para la promulgación “legislativa” sino como garante de la paz, no parece que exista un poder explícito en la CNU del cual pueda inferirse la existencia de un poder implícito que le permita tales actividades. Ahora bien, como señala Marschik, la necesidad de que el Consejo actúe en ese sentido también es cuestionable, sin embargo, pudiera argumentarse que la ONU no solo tiene entre sus funciones mantener la paz y seguridad internacionales sino también la de prevenir situaciones que las amenacen. ¿Pudiera utilizarse esta premisa para justificar la necesidad de las acciones “legislativas” del CS?

En efecto, el artículo 1.1 de la CNU habla no solo de la toma de medidas colectivas para eliminar, sino para prevenir, amenazas a la paz por lo que hasta cierto grado pudiera concebirse que el CS posee competencias para actuar sobre amenazas que aún no se han suscitado y que son, por lo tanto, indeterminadas. Más aún, el artículo 25 sobre el cual pudieran fundamentarse las resoluciones legislativas del Órgano en virtud de que mediante este “[l]os Miembros de la Naciones Unidas convienen en aceptar y

⁴⁹¹ Axel Marschik, *Op. Cit.*, p. 7.

cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”, contiene en sí mismo un límite que lo previene ya que inevitablemente nos remite a los principios y propósitos de la Organización. En consecuencia, aun suponiendo que la excepción al principio de igualdad soberana prevista en el artículo 2(7) tuviera el alcance de permitir al CS obligar sin previo consentimiento a los Estados, el límite impuesto por el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 2(5) lo prevendría. Incluso, interpretando la frase final en el artículo 25 de la CNU “...de acuerdo con esta Carta” de manera que solo obligase a los EMNU y no al CS, o de forma en que se refiriese meramente a cuestiones de forma, queda como salvaguarda el artículo 24(2) que obliga al CS a actuar conforme a los principios y propósitos de la ONU. No obstante lo anterior, para algunos⁴⁹², la frase contenida en el artículo 24(2) es legalmente superflua ya que no hace más que reiterar lo obvio: un órgano creado por una OI debe ejercer sus poderes de acuerdo con las atribuciones que esta le concedió en el ejercicio de sus funciones. Con todo, aun reconociendo la amplia discrecionalidad del CS para determinar amenazas a la paz e imponer medidas en su eliminación y prevención, los límites, por superfluos que pudieran ser, están ahí.

Sin embargo, no es posible pasar por alto que existe un sector de la doctrina que considera que el CS goza de competencias legislativas generales con base al artículo 25 de la CNU. Ante dicha situación, el profesor Hinojosa⁴⁹³ señala que, si bien es cierto que durante las negociaciones que finalmente llevaron a la adopción del texto del artículo 25, los redactores de la Carta no quisieron introducir alusiones particulares a ningún capítulo de dicho instrumento con el fin de no limitar el rol que se tenía concebido para el CS, todavía, cualquiera de sus acciones debe de estar sustentada en una previsión legal. Sobre este asunto, considera que la CIJ ha contribuido a introducir cierto grado de confusión cuando al emitir su opinión consultiva relativa al asunto de *Namibia*, indicó que una resolución general podía estar basada en el artículo 24(1) de la CNU sin necesidad de remitirse a los Capítulos mencionados en el párrafo segundo de dicho numeral. Asimismo, la Corte declaró que el artículo 25 es aplicable a todas las decisiones del CS y no solo a aquellas adoptadas en virtud del Capítulo VII. No obstante, Hinojosa considera que deducir la existencia de poderes legislativos generales

⁴⁹² Jost Delbrück, “Article 24”, en Brunno Simma (editor), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, (Nueva York: Oxford University Press, 2010), p. 448.

⁴⁹³ Luis Miguel Hinojosa Martínez, “The Legislative Role of the Security Council in its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits”, *Op. Cit.*, p. 336.

con base al artículo 25 privaría al artículo 24 de significado alguno, tornándolo superfluo. Añade, que siendo que en realidad el artículo 25 no hace referencia a esfera material alguna, esto convertiría al CS en una especie de legislador universal sin límites *rationae materiae*, lo cual, claramente iría más allá de las intenciones de quienes redactaron la CNU. De tal manera, se advierte que las decisiones sobre temas tocantes al ámbito del Capítulo VII no pueden estar fundamentadas en el artículo 25. De ser así, cualquier límite legal concerniente al Capítulo VII carecería de efectos prácticos. Dicha aseveración, parece encontrar sustento en el hecho de que por lo menos en su práctica reciente, el CS ha fundamentado todas sus decisiones vinculantes únicamente en virtud del Capítulo VII⁴⁹⁴.

Así las cosas, resulta posible observar que los límites analizados son aplicables a todas las resoluciones legislativas que a la fecha ha emitido el CS. Mediante dichos instrumentos, este ha aplicado medidas que se alejan del lenguaje contenido en los artículos 39 y 41 de la CNU a través de lo que constituye una clara distorsión de los términos de dichos artículos. Tal interpretación, se encuentra sustentada en la Convención de Viena, misma que rige a la CNU en virtud de que codifica normas consuetudinarias existentes con anterioridad a su adopción, así como en la exégesis sistémica de dicho Tratado. Con todo, debe aceptarse que, en la actualidad, el CS está facultado para tomar medidas con respecto a actores no estatales. No obstante, resoluciones como la 1373 (2001), 1422 (2002), 1487 (2003) y 2178 (2004), han sido adoptadas *in abstracto*, esto es, sin conexiones aparentes a un conflicto específico que ponga en riesgo la paz y seguridad internacionales. De tal manera, las resoluciones aludidas no cumplen con el estándar de la “doble estrategia”, situación que implica la disolución del vínculo entre el término amenaza a la paz y un conflicto armado. Roto ese vínculo, existe el riesgo de una total erosión de la CNU que conllevaría a la posesión de una discreción totalmente ilimitada por parte del CS para determinar amenazas a la paz en base al artículo 39, misma que terminaría convirtiéndolo en una suerte de gobierno mundial, situación que como se ha mencionado reiteradamente, jamás fue contemplada en la redacción de la Carta de San Francisco.

Con todo, es posible encontrar aun otra limitante, específicamente en el ámbito relativo al control armamentista, que previene al CS el ejercicio de poderes legislativos como aquellos mediante los cuales adoptó la resolución 1540 (2004). Dicha restricción,

⁴⁹⁴ Björn Elberling, *Op. Cit.*, p. 342.

aplica específicamente al campo de la no proliferación de armas, pero resulta ilustrativa de que el desarrollo de competencias implícitas por parte del CS, se encuentra siempre condicionado al principio de legalidad y, por lo tanto, a las previsiones explícitamente contenidas en la CNU. La limitante a la que se alude, se ubica en el artículo 26 de la CNU, mismo que establece lo siguiente: “A fin de mantener el establecimiento y mantenimiento de la paz y seguridad internacionales con la menor desviación posible de los recursos humanos y económicos del mundo hacia los armamentos, el Consejo de Seguridad tendrá a su cargo, con la ayuda del Comité de Estado Mayor a que se refiere el artículo 47, la elaboración de planes que se someterán a los Miembros de las Naciones Unidas para el establecimiento de un sistema de regulación de armamentos”.

Como puede apreciarse, los planes a los que alude el artículo 26 de la CNU no son vinculantes para los Estados. Bajo dicha previsión, el CS únicamente puede realizar propuestas que tiene que presentar ante los EMNU para su aprobación y que solamente pueden materializarse a través de tratados multilaterales que gobiernen la interacción entre estos. De tal manera, bajo el esquema previsto en la CNU, los Estados mantienen total soberanía en materia de control de armamentos. Consecuentemente, ese derecho no está subsumido a los poderes decisorios del CS en virtud del artículo 25, ni tampoco a los amplios poderes para mantener la paz y seguridad de los que goza en función del Capítulo VII⁴⁹⁵. La existencia del artículo 26, obedece a consideraciones relativas a la seguridad nacional de los Estados, así como a su derecho a la legítima defensa. Adicionalmente, el término “regulación de armamentos” debe de ser entendido como “control de armamentos”, de manera que incluye la reducción, limitación o eliminación de armas y fuerzas armadas, así como la producción, posesión y comercio de armamentos. De tal manera, mientras que ciertamente la acumulación de ciertos tipos de armamentos tales como los químicos, biológicos y nucleares puede en sí misma ser constitutiva de una amenaza a la paz, esto, no significa que el CS pueda imponer obligaciones generales en materia de desarme a los Estados, tales como la prohibición del desarrollo, producción o posesión de algún tipo particular de armamento⁴⁹⁶.

De tal manera, pese a que el CS ciertamente puede imponer obligaciones de desarme a un Estado determinado cuando considere que su arsenal pone en riesgo a la paz y seguridad internacionales, la restricción explícita contenida en el artículo 26 de la CNU

⁴⁹⁵ Daniel H. Joyner, *Op. Cit.*, p. 496.

⁴⁹⁶ Stefan Talmon, *Op. Cit.*, p. 183.

significa que este no tiene la capacidad de establecer un sistema universal de regulación armamentista debido a que esto solo podría realizarse a través de la adopción de un tratado multilateral. Para Luis Miguel Hinojosa⁴⁹⁷, esto demuestra tanto la importancia que tiene para la CNU el consentimiento como fuente de las obligaciones internacionales, así como el carácter excepcional que debería de tener cualquier actividad normativa por parte del CS. Con base a lo anterior, se estima posible considerar que medidas como aquellas adoptadas por el CS mediante la resolución 1540 (2004) no solo hubiesen estado mejor fundamentadas en virtud del artículo 26 de la CNU, sino que lo establecido en dicho numeral, así como el espíritu de la propia CNU así lo exigen.

Por su parte, Daniel Joyner⁴⁹⁸ advierte que las limitantes a los poderes del CS contenidas en la CNU, aunque válidas, resultan en un control de difícil aplicación, debido a que su contenido no puede ser interpretado uniformemente, lo cual, genera posiciones ambiguas con respecto a su verdadero alcance. No obstante, considera que dicha problemática no aqueja al asunto de la creación normativa por parte de la ONU en el ámbito particular de desarme. Para el citado autor, la combinación del artículo 26 de la CNU y el artículo 2(1) que consagra el principio de igualdad soberana, constituye un sistema de creación normativa específicamente diseñado para aplicar en materia de control armamentista. Siendo así, considera que cualquier acción del CS que pretenda crear un sistema de regulación de armamentos fuera del esquema referido, constituiría una violación al artículo 25 que obliga a los EMNU a cumplir las decisiones del CS de acuerdo con la CNU y sería por lo tanto un acto *ultra vires* de la autoridad del Órgano.

En lo particular, se coincide tanto con Joyner como con aquellos que señalan el carácter *ultra vires* de las resoluciones legislativas del CS. Se considera, que el texto de la CNU carece de previsiones expresas que permitan la inferencia de poderes implícitos que faculden al CS para emprender acciones legislativas. Todavía, el diseño estructural de las competencias del Órgano, previene el que dicho tipo de poderes se consideren como necesarios para que este realice adecuadamente sus funciones. No obstante, al margen de que dichos poderes hayan sido desarrollados en virtud de una aplicación excesiva de la doctrina de los poderes implícitos, la permanencia y aparente aceptación de las resoluciones legislativas del CS, obligan a considerar la posibilidad de una

⁴⁹⁷ Luis Miguel Hinojosa Martínez, "The Legislative Role of the Security Council in its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits", *Op. Cit.*, pp. 344-345.

⁴⁹⁸ Daniel H. Joyner, *Op. Cit.*, p. 513.

reforma a la CNU ocurrida por vía consuetudinaria. En dicho escenario, pudiera considerarse el desarrollo de tales poderes independientemente de su carácter inherente, o no, al texto de la CNU. Sin embargo, al no poder deducirse la existencia de competencias legislativas del CS de los poderes que expresamente le reconoce la CNU, estas, tendrían que haber sido consentidas por los EMNU a través de manifestaciones que claramente permitiesen identificar su aprobación para que esto suceda. En lo particular, se estima que no existe práctica suficiente, ni tampoco evidencia clara de la *opinio iuris* necesaria, para poder afirmar que esto ha sucedido. No obstante, se concede que la norma consuetudinaria que en el mediano o largo plazo pudiera convalidar la emisión de actos legislativos por parte del CS, pudiera estar, actualmente, en una etapa temprana de gestación.

De tal suerte, antes de abordar dicha temática, parece oportuno considerar un par de limitantes a los actos del CS que, pese a que se juzgan como indiscutibles, en la práctica, resulta harto complicado el hacerlas valer. Con todo, las normas de *jus cogens*, así como los DDHH, han sido los elementos justiciables por antonomasia sobre los que han versado las sentencias de aquellos tribunales regionales y locales cuyas decisiones constituyen hasta ahora las posibilidades más concretas de revisar judicialmente los actos del CS. Cabe aclarar, que siendo que este tema constituye el eje central sobre el que habrá de desarrollarse la tercera parte de la presente tesis doctoral, en este momento, únicamente se dedicará un breve espacio a la identificación de los límites que constituyen las figuras referidas, siendo que dichas cuestiones serán abordadas de forma abundante durante la última parte del presente estudio. Finalmente, se concluirá la presente sección mediante un análisis de la posibilidad de que efectivamente, o no, la adopción de resoluciones legislativas por parte del CS sea ya una práctica permitida por la CNU en virtud de un proceso consuetudinario de producción normativa.

5.2.4 Las Normas Imperativas de Derecho Internacional y los Derechos Humanos como Límites a los Actos del Consejo de Seguridad

Al momento de adopción de la resolución 1373 (2001), únicamente cuatro Estados en el mundo habían ratificado el CIRFT. Cabe recordar, que una parte significativa de las medidas contenidas en la resolución aludida fueron inspiradas por dicho tratado. Al

respecto, Martin Scheinin⁴⁹⁹, en calidad de Relator Especial para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo, señaló que siendo que para el año 2010 existían ya 173 Estados partes del Convenio aludido, no podía justificarse la posición que defiende recurrir a los poderes supranacionales del CS para proveer un marco normativo en el combate al terrorismo. En este sentido, se concuerda con el citado Relator Especial cuando con respecto a los regímenes creados por las resoluciones 1267 (1999) y 1373 (2001) afirma:

*To put it bluntly, while international terrorism remains a very serious threat and constitutes a category of atrocious crime, it is not generally and on its own a permanent threat to the peace within the meaning of Article 39 of the Charter and does not justify the exercise by the Security Council of supranational quasi-judicial sanctioning powers over individuals or of supranational legislative powers over Member States*⁵⁰⁰.

Incluso, en el citado informe⁵⁰¹, Scheinin advierte que el hecho de que dos de las piedras angulares en la arquitectura en la lucha contra el terrorismo de la ONU –las resoluciones 1267 (1999) y 1373 (2001)- posean un carácter *ultra vires* plantea riesgos a la protección de los DDHH y al régimen jurídico internacional. Además, esta situación debilita la aceptabilidad y aceptación y, por tanto, la legitimidad del marco jurídico de Naciones Unidas contra el terrorismo, amenazando de esta forma la efectividad y eficiencia en el combate del mismo.

Las declaraciones realizadas por el Relator Especial Scheinin, reflejan la existencia de preocupaciones relativas a la deducción errónea de poderes legislativos ante un uso indebido del término “amenaza a la paz” contenido en el artículo 39 de la CNU. Inclusive, al denunciar manifiestamente la ilegalidad de las resoluciones más importantes del CS en el ámbito del combate al terrorismo, el Relator Especial, cuestiona su efectividad al tiempo que advierte sobre los peligros que conlleva, ya no la aplicación de las medidas contenidas en dichos instrumentos, sino el carácter *ultra vires* del que padecen. En lo particular, se encuentra sumamente significativo y alentador el que se realicen este tipo de denuncias en el seno mismo del sistema ONU. En mi

⁴⁹⁹ Martin Scheinin, *Statement by Martin Scheinin Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while countering Terrorism*, 65th Session of the General Assembly, Third Committee Item 69 (b,c), Nueva York, 26 octubre 2010, (A/65/258), p. 3.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 2.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 3.

opinión, tales denuncias constituyen una adecuada respuesta institucional ante las fuertes críticas que se han suscitado en relación a la implementación de los regímenes 1267 y 1373, misma que denota la preocupación de algunos sectores dentro de la ONU por brindar una respuesta efectiva, y, además, correspondiente con sus legítimas competencias, ante la amenaza que representa el terrorismo internacional sin comprometer para ello el respeto a los DDHH que debe de caracterizar a las acciones de dicha Organización.

De tal manera, se razona que la expansión competencial emprendida por el CS, aunada a la diversificación de métodos y herramientas -dentro de las cuales puede destacarse el uso de sanciones inteligentes- utilizadas para la consecución de su función primordial, ha incrementado significativamente el número de situaciones en que las decisiones del Consejo pueden impactar directamente los intereses de individuos y personas colectivas particulares y, por lo tanto, ser susceptibles de violar sus DDHH. Este fenómeno, ha propiciado el ejercicio de acciones en diversos tribunales domésticos, regionales e internacionales por parte de individuos cuyos activos y/o movilidad se han visto afectados debido a la implementación de sanciones derivadas de los regímenes 1267 y 1373. Tales acciones, han dado lugar a la emisión de interesantes decisiones judiciales a través de las cuales se ha explorado la capacidad de los DDHH para fungir objetivamente como limitantes a los actos del CS. Ante este escenario, inevitablemente han surgido cuestionamientos sobre la auténtica existencia de una obligación por parte del CS de guardar respeto a los DDHH en el ejercicio de sus funciones. Después de todo, como es de conocimiento general, algunos DDHH son derogables ante situaciones de emergencia. Discutiblemente, la continua amenaza que representa la presencia del terrorismo internacional, pudiera ser considerada como una emergencia susceptible de justificar jurídicamente la suspensión de ciertos DDHH.

De tal suerte, algunos de los asuntos ventilados judicialmente en relación con la implementación de las sanciones antiterroristas impuestas por el CS, han propiciado una serie de análisis que tienen por objeto determinar si algunos de los DDHH que presuntamente han sido afectados por dichas sanciones, pudieran ser ubicados dentro de la categoría de las normas imperativas de Derecho Internacional. De ser este el caso, podría considerarse que existe un límite concreto, incluso justiciable, al ejercicio de los poderes del CS en virtud del Capítulo VII y, por lo tanto, si bien de manera indirecta, también a la expansión competencial que dio lugar al ejercicio de tales poderes. En el

centro de este debate, se encuentran, por supuesto, consideraciones relativas al debido proceso y al derecho de audiencia, emergidas por la falta de garantías procesales adecuadas para los posibles afectados por imposiciones erróneas, incluso excesivas, de sanciones por parte del CS.

Tales consideraciones, serán exploradas a detalle a través de la redacción de la cuarta sección del presente trabajo. Por ahora, interesa determinar si efectivamente, en el ejercicio de sus funciones, el CS está obligado, y de ser así, hasta qué grado, a realizar consideraciones concernientes a los DDHH. Por el momento, interesa verificar si verdaderamente las normas de *jus cogens* constituyen una limitante al desarrollo y ejercicio de los poderes del CS. Con respecto a este tema, se advierte que pese a que no existe previsión alguna en la CNU que específicamente delimite los poderes del CS, esto no implica que el Órgano carezca de regulación legal alguna. Como cualquier organismo internacional, el Consejo se encuentra sujeto al Derecho Internacional General y a las normas de *jus cogens*⁵⁰². Debido a una clara cuestión de jerarquía, las normas imperativas de Derecho Internacional constituyen un limitante constitucional, *ex ante*, a las acciones del CS en virtud del Capítulo VII de la CNU. De tal manera, siendo que las normas perentorias no permiten acuerdo en contrario, el CS no puede valerse del mecanismo que mediante el artículo 103 de la CNU le permite imponerse por encima de cualquier otra norma de Derecho Internacional⁵⁰³.

Erika de Wet⁵⁰⁴, coincide en que en la elección del tipo de medidas que el CS habrá de elegir para restaurar o mantener la paz internacional, este, se encuentra limitado por las normas de *jus cogens*. Siendo que los principios del derecho de los tratados establecen que uno de tales instrumentos que vaya en contra de dichas normas será considerado como nulo e invalido, aquellas situaciones en las cuales el tratado en sí mismo no viole normas imperativas, pero el cumplimiento de alguna obligación derivada de dicho tratado tuviera ese efecto, el Estado obligado se encontraría jurídicamente dispensado del cumplimiento de tal obligación. No obstante, se estima que la limitante constituida por las normas de *jus cogens*, puede tener un alcance limitado debido a que, como señala la citada autora, no existe un consenso sobre cuales normas de Derecho Internacional efectivamente pertenecen a dicha categoría, aún y

⁵⁰² Mónica Lourdes de la Serna Galván, *Op. Cit.*, p. 153.

⁵⁰³ Jared Schott, *Op. Cit.*, pp. 61.

⁵⁰⁴ Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, *Op. Cit.*, pp. 188-191.

cuando puede afirmarse que un núcleo de tales normas es ya identificable⁵⁰⁵. Con todo, señala que el derecho a la vida, así como aquel relativo a un juicio justo durante procesos penales, pueden ser considerados ya como normas de *jus cogens*. De ser así, la aplicación de sanciones dirigidas a individuos sin una protección judicial adecuada que garantice el debido proceso, estaría en franca violación de normas imperativas de Derecho Internacional. Dicha posibilidad, será explorada en la siguiente sección a la luz de las sentencias judiciales pertinentes al tema.

Mientras que como se ha mencionado, habrá de estudiarse la posible conexión entre el derecho humano al acceso a la justicia, encarnado en el debido proceso y el derecho de audiencia con las normas de *jus cogens*, todavía, es necesario subrayar que independientemente de su posible carácter de normas perentorias, algunos DDHH constituyen una limitante en sí mismos para las acciones –y por ende para la expansión competencial-, del CS. En este contexto, se advierte que, pese a que tradicionalmente los DDHH no han sido un factor clave en las actividades del CS, el terrorismo ha puesto este tema en primer plano de forma inusitada. Particularmente, este ha sido el caso en relación con la aplicación del Régimen 1267 en tanto que involucra la imposición de sanciones en contra de individuos. Aunque el Comité 1267 ha desarrollado procedimientos con el fin de asegurar que los derechos de los individuos que están o que pudieran llegar a estar en la Lista Consolidada sean protegidos, dichos procesos, no solo han requerido de mucho tiempo para ser instaurados, sino que, además, dependen de la provisión de información precisa, detallada y altamente sensible por parte de los EMNU. De tal manera, el CS debe de encontrar el delicado balance entre la necesidad de enfrentarse a una seria amenaza a la paz y seguridad internacionales, y el cumplimiento de algunas previsiones clave de la CNU⁵⁰⁶.

Una de tales previsiones, es aquella contenida en el artículo 1(3) de la CNU, misma que establece como uno de los propósitos de la Organización el realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los DDHH. Probablemente, dicho propósito establece la limitante de más largo alcance a la discreción del CS actuando bajo el Capítulo VII de la CNU. De este, se desprende que el CS tiene que tomar en

⁵⁰⁵ Para De Wet, el núcleo de normas de *jus cogens* que ha sido identificado está formado por la prohibición del uso unilateral de la fuerza, el derecho a la legítima defensa, la prohibición del genocidio, la prohibición de la violación de ciertas normas básicas de derecho internacional humanitario, la prohibición de discriminación racial y esclavitud, y al derecho a la autodeterminación, véase: *Ibid.*, p. 191.

⁵⁰⁶ Jane Boulden, *Op. Cit.*, pp. 622-623.

cuenta el impacto que sus sanciones pueden tener en las poblaciones de los Estados a que se dirigen, así como que está obligado a garantizar que el personal militar de Naciones Unidas que participe en las operaciones de la Organización cumpla con los estándares de DDHH en el curso de sus acciones. Actualmente, la opinión mayoritaria coincide en que el CS debe de evaluar el impacto que tienen sus decisiones en los DDHH de las personas afectadas por estas⁵⁰⁷.

Por otra parte, pudiera argüirse que la falta de determinación del referido principio, así como el hecho de que el CS no es parte de ningún tratado internacional en materia de DDHH, lo eximen de un cumplimiento riguroso de los derechos consagrados en dichos instrumentos. No obstante, tal y como explica Erika de Wet⁵⁰⁸, pese a la amplitud del lenguaje utilizado en la redacción del artículo 1(3) de la CNU, el contenido nuclear de las normas de DDHH relevantes a la actividad del CS puede ser extraído de los instrumentos en dicha materia desarrollados bajo los auspicios de la Organización⁵⁰⁹. Asimismo, con respecto al hecho de que el CS no es parte en ninguno de dichos instrumentos por vía de ratificación, la citada autora explica que estos representan una elaboración a la visión inicial sobre los DDHH de la ONU contenida en los artículos 1(3), 55 y 56 de la CNU y, por lo tanto, los derechos en estos contenidos, constituyen los DDHH que acorde con el artículo 1(3), Naciones Unidas tiene la obligación de respetar y promover. De esta forma, la obligación de respetar y promover los DDHH se ve fortalecida mediante la interacción del artículo 1(3) y el principio de buena fe contenido en el artículo 2(2), mismo que la citada autora equipara con el estoppel. De tal manera, al desarrollar los DDHH a través de la promoción de múltiples acuerdos en la materia, la ONU, ha generado expectativas de respeto a tales derechos que recaen en la Organización misma. Por ello, la obligación contenida en el principio de buena fe obliga a los EMNU a cumplir con las expectativas jurídicas relevantes surgidas de su conducta en relación con los estándares relativos a los DDHH cuando actúan en el contexto de un órgano de la ONU.

⁵⁰⁷ David Schweigman, *Op. Cit.*, p. 171.

⁵⁰⁸ Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, *Op. Cit.*, pp. 199-200.

⁵⁰⁹ Estos incluyen: La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, así como los protocolos derivados de dicho instrumento; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 16 de diciembre de 1966; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial del 21 de diciembre de 1965; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial contra la Mujer del 17 de diciembre de 1979; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes del 17 de diciembre de 1984; y, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño del 20 de diciembre de 1989; véase, *Ibid.*, p. 1999.

De tal suerte, se encuentra que tanto las normas imperativas de Derecho Internacional, así como los DDHH, constituyen auténticos límites a los actos del CS, mismos que el Órgano debe de tomar en cuenta en el ejercicio de sus acciones y, por ende, en el desarrollo y aplicación de sus competencias implícitas. No obstante, el alto grado de indeterminación asociado con este tipo de normas, así como la falta de controles de legalidad específicamente diseñados para lidiar con posibles violaciones a estas, pudieran condicionar significativamente su efectividad restrictiva ante posibles excesos del CS. Con todo, como habrá de comprobarse, la aplicación de dichas normas ha sido la vía más exitosa para impugnar judicialmente, si bien de manera indirecta, las acciones del CS. Por ahora, puede concluirse parcialmente, que, junto con los principios y propósitos de la ONU, así como con la interpretación sistémica de las CNU, éstas, constituyen auténticos límites que deberían de condicionar el estiramiento de los poderes del CS. Siendo así, parece posible afirmar que, en la emisión de resoluciones legislativas, así como en la aplicación de ciertas sanciones dirigidas de largo alcance, el CS ha excedido sus competencias.

Sin embargo, pese a que se juzga que no existe poder atribuido alguno en la CNU bajo el cual pudiera justificarse la existencia de un poder implícito que permitiese al CS el ejercicio de funciones legislativas, todavía, queda por explorar la posibilidad de que el tratado fundacional de la ONU haya sido modificado por vía consuetudinaria. De tal manera, aunque para efectos prácticos el resultado de dicho proceso sería equivalente al del desarrollo de poderes implícitos en cuanto que finalmente permitiría el ejercicio de poderes legislativos por parte del CS, se entiende que la diferenciación entre ambos escenarios resulta en más que un mero tecnicismo en cuanto a que resulta útil para reconocer dos vías independientes –si bien parecidas–, por medio de las cuales podría justificarse la emisión de resoluciones legislativas. Por tales motivos, antes de comentar sobre la no idoneidad del CS como legislador de la comunidad internacional en su conjunto, habrá de analizarse la posibilidad de que dicho papel, pudiera ser justificado en función de un proceso de producción normativa de naturaleza consuetudinaria.

5.2.5 La Posible Modificación de la Carta de las Naciones Unidas a través de la Costumbre Internacional

Habiendo hecho referencia a la aplicabilidad de la Convención de Viena al momento de interpretar la CNU en la sección anterior, no puede obviarse lo previsto en el artículo

5 de dicho instrumento en cuanto a que este aplica a todo tratado que sea constitutivo de una OI “sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización”. Según lo dicho, cabe aclarar que el concepto anterior incluye por supuesto todas aquellas reglas de la organización, estas son, como las define el artículo 2(1)(j) de la Convención “los instrumentos constitutivos de la organización, sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con éstos y su práctica establecida”. De tal manera, cabe preguntarse si la CNU ha llegado a sufrir alguna reforma *de facto* por la vía consuetudinaria que permita la actividad legislativa del CS dentro del ordenamiento jurídico de la ONU.

El profesor Remiro define a la costumbre como “la norma resultante de una práctica general, uniforme y duradera llevada a cabo por los sujetos de Derecho Internacional y realizada con la convicción de ser socialmente necesaria hasta el punto de ser jurídicamente obligatoria”⁵¹⁰. Habiendo ya cuestionado la necesidad de las resoluciones legislativas del CS, tendría que determinarse si la práctica que este ha desarrollado contiene los elementos de esta definición, y si existe la convicción sobre su obligatoriedad de manera que haya permitido el surgimiento de una norma consuetudinaria mediante la cual los EMNU hubieran consentido la fase legislativa del Consejo. De tal forma, para que la práctica legislativa del CS hubiese alcanzado el *status* de norma consuetudinaria, tendrían que comprobarse ambos elementos de la costumbre: el material –o práctica-, y el psicológico –u *opinio iuris*- con todos los componentes de la definición citada. De momento, se considera que esto no ha ocurrido, aunque no se descarta que tal norma pudiese encontrarse en proceso de gestación. El siguiente pasaje de Frowein y Krisch respecto a la adopción de la resolución 1373 (2001) es explicativo en este contexto:

Although this step has been taken by a unanimous Council and States have raised no objections to it, it remains difficult to justify under the Charter. Being primarily endowed with a police function, the SC [Security Council] is, in principle, not in a position to create general legal rules directly; any law-making that reaches further than the concrete case can only be reached in an indirect way. SC resolutions might provide indication of existing State practice or form a starting point for future developments, but unlike GA [General Assembly] resolutions, action by the SC is immediately supported only by its 15 members and therefore cannot claim to represent the view of the whole

⁵¹⁰ Antonio Remiro Brotóns, *et. al.*, *Derecho Internacional Curso General*, Op. Cit., p. 206.

*international community. In order to produce new law, additional elements of State practice are necessary. If however, States continue to endorse the exercise of true legislative functions by the Council, the original Charter conception might undergo significant change, as it has already done in other areas*⁵¹¹.

Cabe añadir, que no solamente la resolución 1373 (2001) no fue objetada por ningún EMNU, sino que, además, fue bienvenida por estos como una resolución innovadora de gran trascendencia histórica⁵¹². Es verdad que mucho se ha hablado sobre la relativización de la práctica o elemento material de la costumbre a raíz del asunto sobre *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*⁵¹³, en donde la CIJ determinó que la práctica no debe de ser absolutamente rigurosa y que deben tomarse en cuenta las distintas expresiones de los Estados en instancias diferentes a la celebración de tratados internacionales. Sin embargo, ¿son igualmente aplicables estos criterios a una situación en que los Estados no pueden resistirse a cumplir con las obligaciones determinadas por el CS puesto que al hacerlo violarían sus obligaciones acorde con la CNU pudiendo incluso hacerse acreedores a sanciones?

Con todo, aun tomando en cuenta el relativamente reciente fenómeno de la relativización de la práctica en la formación de normas consuetudinarias, difícilmente puede sostenerse el argumento de que la amplia aceptación inicial con la que contó la emisión de la resolución 1373 (2001) sea un claro indicador de *opinio iuris* en favor del ejercicio de competencias legislativas por parte del CS. En este sentido, los debates suscitados en el contexto inmediato a la adopción de las resoluciones legislativas no reflejan la existencia de una extensa aceptación de los poderes legislativos del CS. Cabe señalar, que la resolución 1373 (2001) fue votada en un momento en que los Estados todavía se encontraban bajo la influencia inmediata de los ataques ocurridos el 11 de septiembre. Inclusive, los Miembros no Permanentes del CS tuvieron acceso al texto de la resolución propuesta solamente un día antes de que esta fuera votada. En este contexto, Björn Elberling⁵¹⁴ considera que la ausencia de protestas no puede ser considerada como un claro indicativo de la aceptación de los poderes legislativos por parte de dichos Estados, sobre todo tomando en cuenta que incluso aquellos partidarios

⁵¹¹ J.A. Frowein & N. Krisch, "Chapter VII Action with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Aggression", en *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Op.Cit., p. 709.

⁵¹² Stefan Talmon, *Op. Cit.*, p. 177.

⁵¹³ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 98.

⁵¹⁴ Björn Elberling, *Op. Cit.*, pp. 346-347.

de los poderes legislativos del CS admiten que una resolución como la 1373 (2001) únicamente pudo haber sido aprobada inmediatamente después de los sucesos acaecidos el 11 de septiembre. Inclusive, el citado autor advierte que las resoluciones 1422 (2002) y 1487 (2003), fueron recibidas en medio de protestas generalizadas, razón por la cual, esta última, no fue renovada una vez que expiró. Finalmente, apunta hacia el hecho de que en los debates relativos a la adopción de la resolución 1540 (2004), numerosos Estados expresaron dudas relativas a la competencia del CS para adoptar dicho instrumento y, además, incluso los proponentes de la resolución señalaron que se trataba de una medida claramente excepcional.

No obstante, al igual que su predecesora, la resolución 1540 (2004) ha sido cumplida por los Estados Miembros, lo que abre la puerta a considerar a la aquiescencia como medio de aceptación de la nueva regla. Sin embargo, debe señalarse el carácter relativo de dicho cumplimiento. En este sentido, se observa que ya en diciembre de 2016, el Comité del Consejo de Seguridad establecido en virtud de la resolución 1540 (2004), observaba un avance desigual en el cumplimiento de dicho instrumento. Al mismo tiempo, señalaba que el ritmo con el que se producen los progresos relativos a la aplicación de la resolución aludida, confirmaba que su plena implementación era todavía una tarea a largo plazo⁵¹⁵. Inclusive, se estima que dado el contexto tan singular con el que se trabaja, la aquiescencia como medio de aceptación del ejercicio de poderes legislativos por parte del CS, debe ser considerada con cautela. Especialmente, tomando en cuenta que los Estados han procedido al cumplimiento de la resolución 1540 (2004) no solo motivados por la erradicación del fenómeno terrorista, sino bajo la posibilidad de que, al incumplir con las decisiones del CS, pudiesen incurrir en responsabilidad internacional. De tal manera, se considera que para que ocurra una expansión de los poderes del CS, se requiere de una clara manifestación del consentimiento de los Estados. Incluso, la aquiescencia a un acto *ultra vires* de un determinado organismo no implica automáticamente la aceptación por parte de los Estados a la creación de una norma que permita a dicho organismo actuar de la misma manera en el futuro⁵¹⁶.

⁵¹⁵ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Documento Final sobre el Examen amplio del Estado de Aplicación de la Resolución 1540 (2004) de 2016, Documento Oficial de la ONU S/2016/1038, 9 de diciembre de 2016, párr., 173-175.

⁵¹⁶ Axel Marschik, *Op. Cit.*, p. 8.

Por su parte, Bart Duijzentkunst⁵¹⁷ cuestiona los argumentos de aquellos que en función del artículo 31(3)(b) de la Convención de Viena⁵¹⁸ sugieren que la aquiescencia a los actos *ultra vires* de un organismo internacional, tales como la emisión de resoluciones legislativas por parte del CS, puede rectificar la falta de validez de dichos actos en función de la CNU. Explica, que los proponentes de tales argumentos confieren un gran valor a la CNU como fuente primordial de validez de las resoluciones legislativas. Añade, que un análisis minucioso, revela que consideran que la aquiescencia de los Estados constituye una enmienda tácita al tratado fundacional de la ONU, misma que resulta en la validación de los poderes legislativos del CS. No obstante, para el citado autor, el remedio de la aquiescencia resulta demasiado débil como para justificar poderes de tan largo alcance. Concluye, que la práctica subsecuente de los Estados puede ser útil en la interpretación progresiva de la CNU, más no puede constituir una enmienda a dicho Tratado.

Axel Marschik⁵¹⁹, señala que la emisión de la resolución 1540 (2004), de características muy similares a la 1373 (2001), puede llevar a la conclusión de que la adopción de esta última no fue una aberración *ultra vires* por parte del CS subsanada por la aquiescencia, sino legitimada mediante la aplicación del principio de una práctica continuada. En conjunción con el hecho de que todos los EMNU han cooperado en la implementación de la resolución 1373 (2001), Marschik afirma que la práctica estatal en este sentido constituye evidencia no solo de la aceptación que esta tuvo, sino de la capacidad del Consejo para adoptar medidas vinculantes de tan amplio alcance, por lo menos en relación con el combate al terrorismo. Empero, como reconoce el citado autor, la resolución 1540 (2004) fue adoptada en un contexto distinto al de la 1373 (2001) que, en mi opinión, evidencia precisamente lo contrario. En este sentido, se advierte que, al ser adoptada ante un fuerte sentido de emergencia, en un entorno poco propicio para que participasen en su composición los Estados no Miembros del CS, la resolución 1373 fue, en términos generales, recibida sin mayor oposición. Por otro lado, la resolución 1540 (2004) fue adoptada en un contexto de mayor inclusión, en medio del cual se permitió la participación, si bien limitada, de los Estados no Miembros del CS. En aquella ocasión, algunos de estos aprovecharon la oportunidad para expresar sus

⁵¹⁷ Bart Smit Duijzentkunst, *Op. Cit.*, pp. 198-199.

⁵¹⁸ El artículo 31(3)(b) de la Convención de Viena establece que para la interpretación de un tratado, juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: toda práctica ulterior seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de la partes acerca de la interpretación del tratado.

⁵¹⁹ Axel Marschik, *Op. Cit.*, p. 19.

reservas, incluso, su desacuerdo, con el emprendimiento de acciones legislativas por parte del CS.

Sin que pueda llegar a hablarse de una negociación multilateral, previo a la adopción de la resolución 1540 (2004) se realizó un proceso de consultas en el que distintos grupos de Estados no Miembros del CS, pudieron manifestar su opinión e influenciar hasta cierto grado la redacción final de la resolución. De forma general, puede comentarse que hubo manifestaciones de preocupación, en el sentido de que la resolución pudiera considerarse como un precedente legislativo del CS y no como una reacción ante una situación de emergencia. Asimismo, se suscitaron críticas ante la concentración de poder en el CS en cuanto a su actuación como una administración, legislatura y corte mundial. Inclusive, se externaron inquietudes en cuanto a que la estructura del CS no es la idónea para desarrollarse en una legislatura internacional, ya que carece de representatividad y por tanto priva al proceso normativo de la participación consensual de la mayoría de los Estados⁵²⁰.

De forma más específica, es posible referir las posiciones individuales de Pakistán y la India, ambas sumamente interesantes. Pakistán manifestó que solo podía aceptar la resolución bajo las condiciones de que existiese una situación de emergencia que amenazara la paz y seguridad internacionales, que existiese una laguna en el Derecho Internacional respecto de dicha emergencia, y una participación más amplia de los EMNU en la elaboración de dichas normas. Por su parte, la India amenazó con ignorar la resolución, argumentando que no está contemplada en la CNU una función mediante la cual el CS pueda producir normas en nombre de la comunidad internacional. Igualmente, arguyó que no podía aceptar obligaciones de tratados que no había firmado ni ratificado, ni normas o estándares opuestos a sus intereses nacionales o que infringieran su soberanía⁵²¹.

Eric Rosand⁵²², apunta hacia el hecho de que, aunque muchos Estados criticaron el rol del CS como legislador al adoptar la resolución 1540 (2004), ninguno criticó la substancia de la misma y, por tanto, concluye que el Consejo perdería legitimidad al emitir medidas que no fueran acordes a la comunidad internacional. ¿Podemos equiparar esto a una manifestación del consentimiento por parte de los EMNU a ser

⁵²⁰ Marco Alberto Velásquez-Ruiz, *Op. Cit.*, pp. 26-27.

⁵²¹ *Ibid.*

⁵²² Eric Rosand, *Op. Cit.*, p. 582-583.

obligados? Rosand sugiere que el consentimiento está implícito en la CNU en cuanto a que aquellos Estados adheridos al régimen de la ONU consintieron en que el CS actuara en nombre de ellos en el desempeño de su responsabilidad primordial. Sin embargo, incluso un entusiasta de justificar las acciones del Consejo en función de poderes implícitos derivados de la efectividad como Rosand reconoce -aunque no concierta con la postura disidente: la manifestación del consentimiento por dicha vía es muy atenuada para ser suficiente⁵²³. En lo particular, se razona que equiparar la aceptación del contenido sustancial de las medidas con la conformidad de estas de acuerdo a los prescrito en la CNU -como aparentemente hace Rosand- resulta incorrecto. Al hacerlo, el citado autor trata de justificar la legalidad de las resoluciones, con base a la aceptación de los objetivos que estas persiguen. No obstante, como puede apreciarse en función de las preocupaciones evidenciadas por algunos EMNU, la aceptación de los métodos por medio de los cuales se decidieron las medidas en comento comprende una cosa totalmente distinta. Resulta evidente que los EMNU ciertamente consideran a la lucha contra el terrorismo como una actividad susceptible de ser abordada por el CS. No obstante, algunos de ellos, no comulgan con los mecanismos empleados por el Órgano para conformar su estrategia antiterrorista.

Sobre este tema, el célebre Christian Tomuschat⁵²⁴ ha comentado que cualquier concesión de poderes regulatorios a un organismo internacional, aún y cuando los requerimientos para su ejercicio se encuentren relativamente bien definidos, dará origen a un proceso dinámico cuyo resultado final difícilmente puede ser predicho con algún grado de confiabilidad. Añade, que mientras más tiempo pase entre el acto de ratificación inicial que dio origen a dichos poderes regulatorios y el ejercicio de los mismos, resultará menos convincente ligar la fuerza de una resolución que haya sido adoptada en contra de la voluntad declarada de un Estado al acto remoto de la ratificación. Luis Miguel Hinojosa⁵²⁵, explica que Tomuschat ha llegado a describir como “ficticio” el argumento que sostiene que la fuerza vinculante de una obligación adoptada por la mayoría en una OI en contra de la voluntad de un determinado Estado tiene su origen en el consentimiento. Tomuschat, basa su propuesta en el hecho de que las interpretaciones evolutivas de los tratados constitutivos en ocasiones conducen al

⁵²³ *Ibid.*, pp. 574-575.

⁵²⁴ Christian Tomuschat, “Obligations Arising for States Without or Against their Will”, *RCADI*, 241, 1993, pp. 326-329, Citado por, Luis Miguel Hinojosa, *Op. Cit.*, p. 354.

⁵²⁵ Luis Miguel Hinojosa Martínez, “The Legislative Role of the Security Council in its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits”, *Op. Cit.*, pp. 354-355.

ejercicio de competencias que ni siquiera fueron concebidas al momento de creación de la organización. Para Hinojosa, aunque atractiva, la tesis de Tomuschat es errónea en cuanto que considera que cuando un Estado accede a participar en una organización en la que existirán organismos con funciones normativas específicas, lo hace en el entendido de que, al emitir decisiones obligatorias, dichas entidades actuarán siempre dentro del marco de sus competencias.

Ahora bien, aun reconociendo cómo válido el argumento de Rosand en cuanto a que no hubo crítica directa a las medidas impuestas en la resolución 1540 (2004), no puede ignorarse la oposición que se manifestó al respecto de su carácter legislativo. Lo que es más, debe de reconocerse que dichas manifestaciones pueden ser el único medio con el que por el momento cuentan los EMNU para oponerse a la expansión competencial del CS antes de que ocurra puesto que, como se sugería antes, el dejar de cumplir con las medidas impuestas implicaría su responsabilidad internacional. Siendo que como se apuntó, es ya aceptado que puede determinarse la existencia de la *opinio iuris* para confirmar el surgimiento de una norma consuetudinaria utilizando, entre otros medios, las declaraciones de los Estados en foros multinacionales⁵²⁶: ¿No sería aplicable el mismo criterio para determinar la oposición al surgimiento de una obligación mediante la costumbre? En tales términos, es posible considerar que no ha surgido una *opinio iuris* universalmente válida que permita confirmar la existencia de una norma que habilita al CS para realizar acciones legislativas. A lo mucho, podría hablarse del surgimiento de una tendencia que no ha podido consolidarse, precisamente por las claras manifestaciones en su contra. Todavía, se demostrará, que, al margen de la insuficiencia de *opinio iuris* para afirmar la existencia de una norma que permita al CS legislar, la práctica de los EMNU en relación con sus resoluciones legislativas, parece también insuficiente como para considerar la consolidación de dicha norma. En este contexto, parece pertinente cuestionar la postura de aquellos que sostienen que la entrega de reportes por parte de los Estados a los Comités creados mediante las resoluciones 1373 (2001) y 1540 (2004) denotan una aceptación implícita por parte de los primeros de la competencia del CS para adoptar este tipo de resoluciones. Al respecto, se reitera el argumento de que la entrega de dichos reportes puede significar

⁵²⁶ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, Pars. 188-189.

únicamente una aceptación de las metas del CS, y no necesariamente de los medios a través de los cuales ha tratado de cumplirlas⁵²⁷.

En relación con la postura que justifica la extensión competencial del CS valiéndose de una supuesta modificación a la CNU como consecuencia de la costumbre internacional, la profesora Torrecuadrada⁵²⁸ señala que, ante una modificación tan sustantiva de dicho instrumento, no puede valernos la opinión y comportamiento de los Miembros del Consejo, sino que habría que atender al resto de los EMNU. En este sentido, ha de tomarse en cuenta que si bien los organismos de las OI pueden funcionar como foros a través de los cuales los Estados pueden desarrollar su práctica, la relevancia de dicha práctica no tiene mayor alcance que el de los propios Estados actuando dentro de dicho organismo. Entonces, la práctica del CS solo puede justificar una interpretación evolutiva de la CNU si goza de la aceptación del resto de los EMNU, lo cual, con respecto a la emisión de resoluciones legislativas, no puede afirmarse más allá de toda duda⁵²⁹. Incluso, puede considerarse que hasta ahora, el CS ha jugado un papel limitado en la generación y consolidación de la costumbre internacional. De tal manera, su composición restringida no parece ser la más adecuada para evidenciar la existencia universal de *opinio iuris*. Asimismo, tomando en cuenta que fue creado para ocuparse de situaciones particulares, no puede pensarse que su comportamiento, a menudo errático e incoherente, constituya la mejor evidencia de práctica reiterada y uniforme⁵³⁰.

Con todo, existen otros enfoques relacionados con el desarrollo de competencias legislativas por parte del CS basados en el surgimiento de nuevas normas de costumbre internacional. Una de tales posturas, es aquella ofrecida por Bart Duijzentkunst⁵³¹, quien considera que ha emergido y cristalizado una norma consuetudinaria capaz de validar las resoluciones legislativas del CS. Para el citado autor, la nueva norma no permite la emisión de resoluciones legislativas *per se*, sino la validación de dichos instrumentos –o bien de cualquier otro- en función de la aprobación de los Estados. Duijzentkunst, considera que la combinación entre la práctica estatal y su opinión de la existencia de

⁵²⁷ Björn Elberling, *Op. Cit.*, pp. 345-346.

⁵²⁸ Soledad Torrecuadrada García Lozano, “La Expansión de las Funciones del Consejo de Seguridad de Naciones: Problemas y Posibles Soluciones”, *Op. Cit.*, pp. 383-385.

⁵²⁹ Björn Elberling, *Op. Cit.*, p. 345.

⁵³⁰ Luis Miguel Hinojosa Martínez, “The Legislative Role of the Security Council in its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits”, *Op. Cit.*, p. 357.

⁵³¹ Bart Smit Duijzentkunst, *Op. Cit.*, pp. 200-202.

una obligación jurídicamente vinculante ha dado lugar al surgimiento de una nueva norma consuetudinaria cuya función es determinar los criterios de validez para cualquier resolución del CS, inclusive, si esta parece *ultra vires* a primera vista. Explica, que aplicando los requerimientos necesarios para la formación de normas consuetudinarias a las resoluciones 1373 (2001) y 1540 (2004), es posible verificar, si bien a través de la relativización del tiempo necesario para el surgimiento de una norma consuetudinaria, que la mayoría de los Estados han aceptado que, en relación con este par de casos, el CS tiene el poder de adoptar resoluciones legislativas. Incluso, los Estados utilizan dichas resoluciones para justificar enmiendas a su legislación interna, así como para justificar sus actos, lo cual, de acuerdo con el citado autor, satisface el requisito de la práctica en la formación de normas consuetudinarias. Añade, que siendo que los Estados también se consideran obligados por las resoluciones en comento, el requisito de la *opinio iuris* se encuentra también satisfecho en cuanto a que estos consideran que, en determinadas circunstancias, el CS puede promulgar normas de carácter general y abstracto. Con base a lo anterior, concluye que es posible afirmar el surgimiento de una nueva norma consuetudinaria que valida las resoluciones legislativas del CS.

En lo particular, aunque se encuentra interesante la propuesta de Duijzentkunst, no puede coincidirse con esta por varias razones. En primer término, parece que el citado autor realiza una relativización excesiva del elemento material de la costumbre al considerar que la sola emisión de dos instrumentos, que además fueron adoptados dentro de un intervalo temporal inferior a los 3 años, basta para justificar la existencia de una práctica continua y reiterada. Aun suponiendo sin conceder, que pudiera considerarse la emergencia de una norma consuetudinaria de manera prácticamente inmediata con base a la existencia inequívoca de los dos elementos necesarios para formarla, se estima que Duijzentkunst pasa por alto las múltiples críticas suscitadas no solo en relación con las dos resoluciones sobre las cuales basa sus argumentos, sino también en lo tocante al resto de las resoluciones legislativas. En este contexto, es preciso mencionar, que tal y como se tratará durante el siguiente apartado del presente estudio, muchos Estados han mantenido posturas críticas hacia el cumplimiento de las resoluciones legislativas por diversos motivos entre los que destacan la existencia de percepciones de injusticia frente a los métodos empleados para decidir la aplicación concreta de las sanciones, así como la falta de interés de ciertos Estados que no se

consideran directamente afectados por el fenómeno terrorista. Incluso, se presentarán datos que confirman una práctica relativa por parte de los EMNU, en cuanto que revelan un cumplimiento por demás desigual de las medidas contenidas en tales instrumentos. Tal desigualdad, obedece entre otros factores a la falta de capacidad imperante en algunos Estados, cuyos sistemas de justicia penal carecen de la efectividad necesaria para implementar adecuadamente las resoluciones en comento. Dicho problema, se presenta con especial sensibilidad en aquellos Estados que padecen conflictos internos.

Además, el enfoque abordado por el referido comentarista parece problemático en cuanto que la norma que propone no justifica la emisión de las resoluciones legislativas *per se*, sino que contempla su validación a través de la opinión inmediata que los Estados puedan tener sobre las mismas. Es mi opinión, que dicha premisa relativiza excesivamente la fuerza vinculante que ostenta la CNU. En este sentido, si bien se entiende que los Estados poseen la capacidad de desafiar políticamente las resoluciones del CS, el considerar la aceptación subsecuente de dichos instrumentos como un requisito para su validez, conlleva el peligro de relativizar los poderes mismos del CS, puesto que los sujeta al escrutinio de los Estados, mermando la autoridad del tratado fundacional de la ONU. Ciertamente, la opinión de los Estados puede jugar un papel preponderante en el ascenso de nuevas normas que permitan a los organismos internacionales ejercer competencias que no fueron originalmente contempladas al momento de su creación. No obstante, modificaciones de tal alcance, requieren de un proceso consuetudinario que no puede considerarse realizado ante la escasa práctica, la insuficiencia de *opinio iuris* y, sobre todo, ante el poco tiempo que ha transcurrido para poder verificar efectivamente la presencia de tales elementos. Adicionalmente, el esquema puede resultar propicio para nuevas expansiones injustificadas. Tomando en cuenta la expansión del concepto de amenaza a la paz que se ha venido desarrollando en los últimos tiempos, la discordancia entre lo que verdaderamente puede ser objeto de la actividad del CS pudiera llegar a acrecentar las fricciones generadas en el seno de la ONU con respecto al verdadero alcance de los poderes del CS.

Inclusive, Duijzentkunst⁵³² afirma que, dada la existencia de la nueva norma consuetudinaria, la CNU ha dejado de ser la única fuente de validez para las resoluciones del CS. Explica, que mientras que la Carta continúa siendo la fuente primaria de dicha validez, los Estados han fijado nuevos parámetros para tales efectos,

⁵³² *Ibid.*, pp. 201-202.

mismos que se basan en consideraciones políticas. Considera, que dichos parámetros, obligan a una revaloración del entendimiento estricto que se tiene sobre la validez, así como a considerar que pueden existir distintos grados de dicha figura jurídica, lo cual pueda llevar a que existan resoluciones que son “más válidas que otras”. En mi opinión, no queda claro el cómo la norma propuesta por Duijzentkunst se diferencia de un proceso ordinario de producción normativa fundamentado en la costumbre internacional. Incluso, se razona que la idea de que existe una norma que permite validar discrecionalmente las resoluciones *ultra vires* del CS surge de la relativización excesiva del elemento material de la costumbre que lleva a la reinterpretación de la misma sin tomar en cuenta que simplemente, podemos encontrarnos en el momento originario de una norma que permita al CS emitir resoluciones legislativas circunscritas al ámbito del combate al terrorismo internacional, misma que todavía tiene que pasar por un largo, o bien frecuente, proceso repetitivo que permita la afirmación de su existencia.

De tal suerte, si bien estamos conscientes de que la efectividad en el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales fue una de las razones principales por las que se dotó al CS de poderes tan amplios como los que se han venido describiendo a lo largo del presente escrito, consideramos, en función de las opiniones doctrinales expuestas, que la adopción de resoluciones legislativas por parte del CS rebasa lo permitido y necesario por la CNU para alcanzarla. Asimismo, se estima que la naturaleza política del Consejo atiende correctamente a la consecución de dicha efectividad, pero como garante de la seguridad, no como legislador ni juez de la comunidad internacional, roles que contrastan con su carácter ejecutivo. Finalmente, la práctica y opiniones al respecto de las actividades legislativas del Consejo nos parecen escasas para afirmar la existencia de una norma consuetudinaria en este sentido. En consecuencia, aunque se reconoce que dicha norma pudiera estar en proceso de gestación, se juzga que hay manifestaciones suficientes que permiten vislumbrar una oposición a su consolidación. En todo caso, tratándose de la consecución del principal fin para el que fue creada la ONU, se coincide con Gaetano Arangio-Ruiz⁵³³ cuando señala que, si los EMNU estuviesen de acuerdo en ceder otra “porción” de su soberanía, permitiendo al CS imponer obligaciones que con anterioridad hubiesen adquirido por la vía convencional, debe modificarse la CNU por difícil que esto pudiera ser.

⁵³³ *Supra* nota 463

6. La No Idoneidad del Consejo de Seguridad como Legislatura Internacional

Hasta este punto se han considerado los límites jurídicos existentes dentro de la CNU que se estima permiten afirmar que el CS ha realizado una expansión excesiva de sus competencias, misma que le ha permitido el ejercicio de poderes legislativos que dudosamente se acomodan en el esquema previsto por la CNU. No obstante, la espaciada, pero a la vez continúa producción de resoluciones legislativas por parte del CS, parece apuntar hacia la cristalización de una norma consuetudinaria que permita al Órgano la adopción de este tipo de instrumentos. Sin embargo, contrario a las preocupaciones manifestadas en algunos sectores en el sentido de que probablemente el CS continúe incursionando en ámbitos tradicionalmente dislocados de su práctica, esto no ha sucedido. De tal manera, se entiende que a la par de los límites jurídicos explorados coexisten restricciones histórico-políticas que previenen, o por lo menos condicionan, un nuevo alargamiento en el ámbito competencial del CS. Sobre este punto, se coincide con José Álvarez⁵³⁴ cuando advierte que aun y cuando aparentemente el CS, pudiendo jurídicamente determinar una amplísima gama de asuntos como amenazas a la paz en función del artículo 39 está a 9 votos de distancia de realizar funciones de gobernanza mundial, esto, parece poco plausible ya que como apunta el citado autor, las divisiones internas del Órgano, así como los propios EMNU, lo prevendrían.

No obstante, el propio Álvarez⁵³⁵ advierte sobre los peligros reales de un CS imperial que, logrando una coordinación efectiva, si bien esporádica y restringida a ciertos ámbitos, puede desarrollar la capacidad para imponer una agenda legislativa a la totalidad de EMNU, circundando a la celebración de tratados multilaterales como vehículo idóneo para la adopción de obligaciones generales y de largo alcance. Tomando esto en cuenta, parece lógico que cuando se objeta el ejercicio de los poderes legislativos del CS, frecuentemente se alude a su composición poco democrática como una barrera significativa para el desarrollo y la aplicación de tales poderes. De tal suerte, parece importante considerar algunas opiniones al respecto en cuanto a que, como se ha visto con anterioridad, la falta de participación y representatividad ha sido un tema recurrente por parte de los Estados con respecto a las resoluciones legislativas del CS.

⁵³⁴ *Supra* nota 265.

⁵³⁵ José E. Álvarez, "Hegemonic International Law Revisited", *The American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003, pp. 874-875.

Asimismo, siendo que se ha destacado al principio de proporcionalidad como un importante límite al ejercicio de competencias legislativas por parte del CS, habrá de realizarse un análisis enfocado a determinar si efectivamente la emisión de dichos instrumentos es un medio idóneo, y, por lo tanto, necesario, para luchar contra el terrorismo internacional dentro del sistema ONU. Finalmente, ante la probabilidad de que el CS continúe su actividad legislativa en el futuro, nos permitimos ofrecer una serie de propuestas recopiladas durante el desarrollo de la presente investigación, mismas que permiten vislumbrar un escenario en el que si bien, en el futuro el máximo Órgano político de Naciones Unidas continúe promulgando medidas generales y de largo alcance, este, lo haga a través de una mayor inclusión de los EMNU, así como en función de ciertas directrices que permitan modular sus acciones.

6.1 La Estructura del Consejo de Seguridad y el Peso de la Opinión Pública: Los Límites Histórico Políticos a su Expansión Competencial

El tema sobre la legitimidad del CS para ejercer poderes legislativos puede ser abordado no solo como una prerrogativa del Órgano para la realización de tales acciones, sino tomando en cuenta el cumplimiento y el reconocimiento de sus destinatarios. Este último, se vuelve un factor determinante en relación con aquellas instituciones internacionales capaces de tomar decisiones vinculantes sin el consentimiento específico de los Estados. Dicha cuestión, puede ser aproximada desde dos puntos de vista: el objetivo y el subjetivo. El primero, consiste en reflexionar sobre la idoneidad del CS para desarrollar una función legislativa tomando en consideración su estructura no democrática. El segundo, estriba en averiguar si los EMNU aceptan o no la práctica mediante la cual se les han impuesto obligaciones generales de largo alcance⁵³⁶.

En relación con la dimensión objetiva relativa a la legitimidad del CS para adoptar resoluciones legislativas, se observa que uno de los problemas con que el CS legisle consiste en que usualmente las resoluciones que adopta, únicamente representan el punto de vista de sus redactores. Esto, significa que solamente 15 de 193 Miembros, 5 de los cuales poseen un rol dominante y ostentan el poder de veto, toman las decisiones. Tomando en cuenta que el principio nuclear del Derecho Internacional es la igualdad de los Estados, la estructura del CS lo torna totalmente inapropiado para ejercer funciones

⁵³⁶ Marco Alberto Velásquez-Ruiz, *Op. Cit.*, p. 37.

legislativas. Incluso, siendo que la CNU fue creada como un instrumento para mantener los principios básicos de soberanía estatal e igualdad soberana, inherentes a la creación normativa internacional, así como consistentes con la idea de que la base de toda obligación internacional es el consentimiento estatal, puede considerarse que, al legislar, el CS está usurpando un rol que los Estados habían reservado para sí mismos⁵³⁷.

De tal manera, se razona que un Órgano dispuesto a asumir competencias legislativas debe de cumplir con el estándar mínimo de que su estructura sea la adecuada para el desempeño de dichas funciones. En el caso del CS, tal estructura tendría que estar compuesta por la representatividad de todos los EMNU, así como por la capacidad técnica para legislar. En cuanto al primero de estos factores, se sugiere que no puede considerarse que un órgano conformado por únicamente 15 Miembros, 10 de los cuales fungen como tales solamente por espacio de dos años, sea representativo. A fin de crear una atmósfera inclusiva, la CNU prevé una distribución geográfica equitativa con respecto a los Miembros no Permanentes del CS, sin embargo, dicho acomodo ha sido incapaz de generar un ambiente democrático dado que, en ocasiones, los mayores desacuerdos ocurren dentro de aglomeraciones regionales. Asimismo, se advierte que la balanza de poder en el seno del CS es claramente desproporcional en cuanto a que permite que un solo voto negativo por parte de algún Miembro Permanente evite la adopción de alguna resolución que pudiera haber sido propuesta unánimemente por los 10 Miembros no Permanentes. Finalmente, aun y cuando el artículo 31 de la CNU⁵³⁸ contempla la participación de Estados no Miembros en la discusión de cuestiones llevadas antes el CS, dicha participación, se encuentra condicionada al llamamiento discrecional por parte del Consejo cuando este considere que los intereses de algún Estado en particular se encuentren afectados de manera especial⁵³⁹.

Para la profesora Soledad Torrecuadrada⁵⁴⁰, el incremento cuantitativo y cualitativo en las funciones del CS a partir de la última década del Siglo pasado, se encuentra íntimamente ligado al entonces nuevo método de trabajo adoptado por el Órgano. Explica, que tan temprano como el año de 1987, el CS modificó su método tradicional

⁵³⁷ Mónica de Lourdes de la Serna Galván, *Op. Cit.*, pp. 182-183.

⁵³⁸ El artículo 31 de la CNU establece: Cualquier Miembro de las Naciones Unidas que no sea Miembro del Consejo de Seguridad podrá participar sin derecho a voto en la discusión de toda cuestión llevada ante el Consejo de Seguridad cuando éste considere que los Intereses de ese Miembro están afectado de manera especial.

⁵³⁹ Marco Alberto Velásquez-Ruiz, *Op. Cit.*, pp. 38-39

⁵⁴⁰ Soledad Torrecuadrada García Lozano, “La Expansión de las Funciones del Consejo de Seguridad de Naciones: Problemas y Posibles Soluciones”, *Op. Cit.*, pp. 369-371.

de trabajo al comenzar a concertar reuniones informales entre sus Miembros Permanentes previas a la celebración de sus sesiones oficiales. Dichas reuniones, se celebran con el objeto de limar asperezas entre los Miembros Permanentes del Órgano, de manera tal que estos puedan unificar criterios de forma anticipada a la presentación de un proyecto de resolución ante el resto de los Miembros del Consejo. La citada autora, observa que, a raíz de la implementación de este nuevo sistema, ha decrecido el número de vetos a la vez que se ha incrementado el número de resoluciones adoptadas. No obstante, para la profesora Torrecuadrada, mientras que ciertamente las acciones del CS se han vuelto más eficaces a raíz de dicho cambio, estas, a la vez, han perdido transparencia. De tal suerte, no solo los procesos de toma de decisión del CS han aumentado en opacidad, sino que, además, favorecen a que las resoluciones que adopta el Órgano reflejen aquellos puntos consensuados por los Miembros Permanentes.

En este contexto se sugiere que una de las ventajas de las que gozan los Miembros Permanentes al trabajar dentro del seno del CS, en oposición a actuar unilateralmente o al margen del sistema ONU, es que el Órgano les proporciona con un mecanismo legislativo y regulativo particularmente favorable. Normalmente la producción normativa internacional se realiza a través de la celebración de tratados y el derecho consuetudinario, mecanismos incómodos para las grandes potencias en cuanto a la importancia que conceden al principio de igualdad soberana. No obstante, en función del Capítulo VII de la CNU, los Miembros permanente del CS pueden legislar de forma expedita, así como limitando enormemente la participación del resto de los Estados, lo cual, a su vez, les permite crear normas que son aplicables a estos últimos, pero no a ellos mismos⁵⁴¹. Esta cuestión, no solo tiene impacto a nivel internacional debido a que la adopción de resoluciones legislativas no se encuentra muy de acuerdo con la doctrina clásica de la separación de poderes, común a las democracias modernas. Por ende, este tipo de acciones por parte del CS puede clasificarse como parte del derecho internacional hegemónico puesto que conlleva el riesgo de crear una rama ejecutiva de gobierno ascendente, misma que puede ser utilizada de manera instrumental por las grandes potencias⁵⁴².

⁵⁴¹ Nico Krisch, "The Security Council and the Great Powers", en Vaughan Lowe *et. al.* (editores), *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*, (Nueva York: Oxford University Press, 2008), pp. 144-145.

⁵⁴² Craig Forcese, *Op. Cit.*, p. 185.

Como puede apreciarse, la composición del CS como órgano ejecutivo presenta diversas complicaciones cuando pretende adecuarse para el desempeño de funciones legislativas. Entre dichas complicaciones, resalta la falta de representatividad frente al resto de la comunidad internacional. Este problema, va de la mano con el aspecto subjetivo acerca de la legitimidad de los actos del CS⁵⁴³, relativo a la aceptación de los actos legislativos del Órgano por parte de los EMNU. La anterior, es una cuestión de gran relevancia, ya que una de las mayores restricciones que pesa sobre la actuación del CS, es que posee muy pocas herramientas por medio de las cuales implementar sus decisiones. De tal forma, para poder actuar efectivamente, el Consejo requiere de la cooperación de los EMNU, los cuales, a menudo insisten en que aquellas circunstancias en que se autoricen acciones a cargo de la ONU se encuentren confinadas a situaciones en que su soberanía nacional no sea infringida⁵⁴⁴.

En este contexto, se advierte que, de acuerdo con experiencias recientes, pudiera sugerirse que el uso de los poderes que le confiere el Capítulo VII de la CNU al CS pudiera estar creciendo más rápidamente de lo que crece la disponibilidad de los Estados contribuyentes para ejecutar las decisiones del Órgano. Siendo que, a diferencia de un gobierno local, el CS no posee derechos soberanos ni tampoco el monopolio del uso de la fuerza, este, depende de la legitimidad de sus acciones, así como de la importancia política y moral de estas para asegurar los recursos necesarios a fin de ejecutar sus decisiones. En un sistema donde los Estados que no pertenecen a los 5 Miembros Permanentes del CS contribuyen de manera voluntaria con la gran mayoría del personal requeridos para sus operaciones, el buen funcionamiento de las mismas, dependerá de la legitimidad con la que sean percibidas. Dicha legitimidad, a su vez, tendrá que determinarse caso por caso. Asimismo, dependerá de la percepción de legalidad que tengan los Estados con respecto a las acciones del CS⁵⁴⁵.

Por su parte, Paul Szasz⁵⁴⁶ sugiere que los obstáculos políticos que enfrenta el CS constituyen una limitante mucho más efectiva para inhibir cualquier exceso en su actividad legislativa que aquella que pudiera representarle su necesidad de cumplir con los requerimientos legales que le impone la CNU. Señala, que, a fin de aprobar una

⁵⁴³ *Supra* nota 539.

⁵⁴⁴ Jeremy Greenstock, "The Security Council in the Post-Cold War World", en Vaughan Lowe *et. al.* (editores), *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*, (Nueva York: Oxford University Press, 2008), pp. 253-255.

⁵⁴⁵ Jared Schott, *Op. Cit.*, p. 65.

⁵⁴⁶ Paul Szasz, *Op. Cit.*, p. 905.

resolución, el Órgano tiene que asegurar nueve votos a favor dentro de su propio seno, así como garantizar que ningún Miembro Permanente utilice su derecho al veto. Asimismo, al legislar, el CS haría bien en hacerlo de manera tal que sus decisiones reflejen la voluntad colectiva de la comunidad mundial de acuerdo con como esta se genera a través de la AGNU. De tal manera, aunque tal y como señala el citado autor, teóricamente el CS puede adoptar reglas vinculantes sin la aprobación de la mayoría de los Estados del mundo, tales “leyes”, constituirían letra muerta si fueran ampliamente reprobadas y, por lo tanto, ignoradas por sus destinatarios. En el escenario descrito, el CS se vería imposibilitado a ejecutar sus decisiones debido a la renuencia de la mayoría de los Estados a colaborar. Por otro lado, si la legislación adoptada por el Consejo es recibida mediante una aceptación generalizada, aun existiendo algunos Estados recalcitrantes, estos, pudieran ser presionados por la mayoría para aceptar los designios del Órgano.

6.2 La Relativa Efectividad de las Resoluciones Legislativas: Factor de no Idoneidad para el Ejercicio de Competencias Legislativas

A la par de las complicaciones derivadas de la estructura poco democrática y representativa del CS para emitir normas de carácter general y abstracto, coexisten otras tantas que, si bien guardan una estrecha relación con la problemática referida, dejan sentir sus efectos sobre la característica más frecuentemente utilizada para defender el ejercicio de poderes legislativos por parte del Consejo: la efectividad. De acuerdo con Eric Rosand⁵⁴⁷, desde un punto de vista puramente pragmático, la actividad legislativa del CS debe de ser bienvenida. Considera, que difícilmente puede cuestionarse la lógica detrás de la decisión del CS mediante la cual requirió a todos los Estados incrementar sus esfuerzos para combatir el terrorismo internacional. Para el citado autor, la falta de interés demostrada por los EMNU, de los cuales al momento de la adopción de la resolución 1373 (2001), solo dos eran parte de los 12 tratados internacionales celebrados al auspicio de la ONU en materia de lucha contra el terrorismo, constituye una razón de peso para justificar la emisión de resoluciones legislativas. Opina, que la creación de un grupo sustantivo de normas generales, así como de un Comité para monitorear el cumplimiento de dichas previsiones, resulta un claro indicativo de la seriedad con la que la ONU pretende ocuparse del combate al terrorismo. De forma similar, acoge la adopción de la resolución 1540 (2004) debido a que, al igual que su

⁵⁴⁷ Eric Rosand, *Op. Cit.*, pp. 548-551.

predecesora, esta se ocupó de llenar un vacío legal, en este caso uno relativo a la proliferación de ADM entre agentes no estatales. Para Rosand, si dicho vacío se hubiese tratado de subsanar por medio de instrumentos multilaterales negociados entre los Estados, hubiera tardado significativamente más tiempo en remediarse. No obstante, reconoce que ambas resoluciones han suscitado fuertes críticas con respecto a la pertinencia de que sea el CS el órgano más adecuado para ocuparse de dichas tareas. De tal suerte, a continuación, se presentarán algunos argumentos que, tomando en cuenta el pragmatismo que abanderó a los entusiastas de la faceta legislativa del CS, cuestionan la efectividad con la que a menudo son caracterizadas.

Uno de tales argumentos, esgrimido por Edward C. Luck⁵⁴⁸, considera que la ONU se encuentra pobremente equipada para realizar algunas de las tareas más visibles asociadas con la lucha contra el terrorismo. En este sentido, difícilmente puede considerarse que la Organización posea la estructura adecuada para suprimir grupos terroristas, prevenir ataques específicos, o para desarrollar una capacidad significativa de recopilación de inteligencia. Incluso, se sugiere que siendo que varios de los EMNU históricamente han sido asociados con el patrocinio del terrorismo, la ONU no buscaría, ni tampoco le confiarían, información de inteligencia sensible. En la misma línea, Jane Boulden⁵⁴⁹ expresa serias dudas sobre la posibilidad de que aquellos Estados que tengan algo que ocultar, los cuales, a su vez, son aquellos de los que se requiere el mayor cumplimiento con respecto a los requerimientos del CCT creado en virtud de la resolución 1373 (2001), se decidan a proporcionar la información que poseen. Añade, que pese a la proactividad evidenciada por el Consejo en la creación del CCT, ni este, ni otros instrumentos antiterroristas, poseen todavía mecanismos de implementación. Incluso, señala que el CS no posee la capacidad de analizar la información que le proporcionan los Estados de forma independiente. Dicha situación, es susceptible de conducir al error, tal y como lo demuestra la rápida y equivocada condena de ETA por parte del Consejo en relación con los ataques terroristas perpetrados en Madrid en marzo del año 2004.

Por otro lado, es posible cuestionar la idoneidad de las resoluciones mismas del CS como un instrumento adecuado para la adopción de medidas legislativas. En este sentido, se repara en la falta de claridad de los términos empleados, así como de las

⁵⁴⁸ Edward C. Luck, "UN Security Council. Practice and Promise", *Op. Cit.*, p. 118.

⁵⁴⁹ Jane Boulden, *Op. Cit.*, p. 620.

obligaciones impuestas a través de las resoluciones legislativas, como uno de varios problemas generales para que el CS desempeñe funciones legislativas. Con respecto a dicha problemática, es posible advertir dos corolarios importantes. En primer término, es preciso tomar en cuenta que las resoluciones, por su propia naturaleza, no son tan detalladas como los tratados internacionales. Por ende, cualquier resolución que requiera cambios en la legislación doméstica, tendrá que tomar en cuenta la pluralidad de sistemas legales que habrán de implementarlos. En segundo plano, se encuentra preocupante el hecho de que frecuentemente las resoluciones son adoptadas a través de negociaciones políticas, lo cual, deriva en que estas se redacten a través de un lenguaje vago y general. Esto, puede llegar a ser altamente problemático, tomando en cuenta, por ejemplo, que el CS pidió a los EMNU criminalizar cualquier acto terrorista, siendo que la comunidad internacional no ha llegado a un consenso sobre la definición de terrorismo e, incluso, que la propia resolución no incluye una definición de lo que implica un acto terrorista⁵⁵⁰.

Roberto Lavalle⁵⁵¹, comenta sobre cómo previo a la adopción de la resolución 1540 (2004), los Estados manifestaron preocupaciones en torno a la falta de claridad y ambigüedad de los términos empleados en la resolución, considerando que la vaguedad empleada en la redacción de las definiciones utilizadas podría conducir a interpretaciones diversas, mismas que se traducirían en trabajos de interpretación azarosos, especialmente con respecto a aquellas previsiones que requiriesen de cambios en la legislación interna para su implementación. De tal manera, a pesar de que el texto definitivo de la resolución finalmente incluyó definiciones de los términos en ella empleados, Lavalle, tras realizar un minucioso análisis de tales definiciones, advierte que varias de estas adolecen de oscuridad, lo cual resulta en una serie de complicaciones que dificultan no solo la interpretación de la resolución, sino también su implementación por parte de los EMNU⁵⁵².

De tal suerte, puede observarse que aunque por un lado la latitud que el CS concede a los EMNU en la implementación de las obligaciones contenidas en sus resoluciones legislativas pudiera ser considerada como un atributo favorable de las mismas en cuanto a que les concede cierto grado de libertad en la elección de los medios para cumplirlas,

⁵⁵⁰ Stefan Talmon, *Op. Cit.*, pp. 188-189.

⁵⁵¹ Roberto Lavalle, *Op. Cit.*, p. 428.

⁵⁵² Para un análisis detallado de los problemas de interpretación que presenta la resolución 1540 (2004), véase: *Ibid.*, pp. 428-435.

por otro lado, esa misma latitud, pudiera ser un factor de dilación en el cumplimiento de los objetivos propuestos, en cuanto que puede ser una fuente de confusión al momento de su implementación. Dicha circunstancia, sin duda alguna constituye una merma a la promesa de mecanismos efectivos para el combate al terrorismo que para algunos representa la emisión de resoluciones legislativas. A este problema, puede sumarse aquel relativo a las distintas capacidades de implementación de los Estados, misma que puede verse agravada por la falta de disposición de algunas de estas entidades para dar cumplimiento a lo dispuesto por el CS. Sobre este tema, el profesor Hinojosa⁵⁵³ señala que no debe mitificarse la eficiencia del CS. Explica, que basta con revisar los reportes del CCT para percatarse de las enormes dificultades que enfrenta dicho organismo en diversos Estados. Entre tales dificultades, destaca la ausencia de mecanismos jurídicos en los sistemas domésticos para congelar y asegurar fondos en procedimientos que requieren de asistencia judicial internacional mutua. Para Hinojosa, esto demuestra que el total cumplimiento de las previsiones contenidas en la resolución 1373 (2001), en relación con algunos Estados, solo puede considerarse como un objetivo a mediano o, inclusive, a largo plazo.

Por su parte, Edward C. Luck⁵⁵⁴ relata el cómo inicialmente, el CCT operó bajo un presupuesto modesto. Evidentemente, dicho factor condicionó los resultados de su actividad. No obstante, pese al arduo trabajo que en su momento representó la valoración de los primeros reportes entregados al Comité, el citado autor, califica los resultados de aquella primera ronda como alentadores en cuanto a que 191 Estados cumplieron en tiempo y forma con la entrega de los reportes. Añade, que, aunque ciertamente algunos reportes eran más detallados y veraces que el resto, un número significativo de Estados informó estar revalorando tanto su legislación interna como sus sistemas administrativos y, en algunos casos, incluso fortaleciéndolos a fin de cumplimentar con lo dispuesto en la resolución 1373 (2001). No obstante, señala que, con el tiempo, los EMNU comenzaron a quejarse cada vez más frecuentemente de “fatiga al reportar”. De acuerdo con datos proporcionados por el CCT, 191 EMNU, además de 6 no Miembros, cumplieron con la entrega de reportes durante la primera ronda; en la segunda, únicamente 144 Estados respondieron al llamado de CCT; en la tercera, fueron solamente 124 Estados los que cumplieron con la entrega de reportes y;

⁵⁵³ Luis Miguel Hinojosa Martínez, “The Legislative Role of the Security Council in its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits”, *Op. Cit.*, 352.

⁵⁵⁴ Edward C. Luck, “UN Security Council. Practice and Promise”, *Op. Cit.*, pp. 105-106.

en la cuarta, únicamente 88 Estados entregaron información al Comité. A diferencia del CCT, el Comité creado mediante la resolución 1540 (2004) no tuvo un inicio tan prometedor como el primero, debido a que a poco más de un año de su creación, únicamente 124 Estados habían presentado los reportes solicitados mediante la resolución aludida.

Con el paso del tiempo, la estructura para la implementación de la resolución 1373 (2001) creció en cuanto a su complejidad, en relación con los organismos subsidiarios que participan en su implementación, así como en lo tocante a la multiplicidad de aspectos que estos tienen que supervisar para la correcta aplicación de dicho instrumento. Uno de tales organismos, la Dirección Ejecutiva del Comité para el Terrorismo (DECCT) ha sido la encargada de elaborar los reportes globales a través de los cuales se pretenden evaluar y mejorar diversos aspectos específicos tocantes a el cumplimiento de las decisiones del CS. Hoy día, las vastas ramificaciones normativas emergidas de la resolución 1373 (2001), mismas que se complementan con aquellas derivadas de las resoluciones pertenecientes al Régimen 1267, devengan en que los EMNU se encuentren obligados al establecimiento de compleja legislación, que, junto con sus respectivos procedimientos de ejecución, habrán de desarrollar a fin de cumplir cabalmente con sus obligaciones dimanadas de la CNU. En este escenario, los Estudios Globales de implementación de la resolución 1373 (2001), reflejan un panorama significativamente desigual en cuanto al grado de efectividad en la aplicación de las medidas contenidas en dicho instrumento, que principalmente se atribuye a las diferencias en cuanto a la capacidad que poseen los Estados en distintas regiones del orbe. A la fecha, el CCT ha presentado cuatro estudios globales relativos a la implementación de la resolución 1373 (2001), el último de ellos, fechado el 20 de enero de 2016⁵⁵⁵.

Ante esta situación, el CS ha respondido mediante una estrategia centrada en el desarrollo de capacidades y la cooperación internacional. Empero, pese que ciertamente los Estudios elaborados por la DECCT, y presentados al CS por el CCT, reflejan progresos importantes en ciertos aspectos particulares relativos a la implementación de la resolución 1373 (2001); de forma general, tales documentos confirman que el entorno descrito por el profesor Hinojosa en el año 2008 -en donde el total cumplimiento por

⁵⁵⁵ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Estudio Mundial sobre la Aplicación de la Resolución 1373 (2001) por los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2016/49, 20 de enero de 2016.

ciertos Estados se percibe posible a mediano o largo plazo- no ha experimentado cambios trascendentales desde entonces. Dada la vasta cantidad de información contenida en los Estudios Globales de Implementación de la resolución 1373 (2001), desbordaría el objeto del presente estudio presentar un análisis excesivamente detallado de dicha información. Sin embargo, se estima conveniente hacer referencia a los aspectos que pueden contribuir a obtener una perspectiva adecuada que permita valorar la efectividad de las medidas que se pretenden implementar.

Grosso modo, los Estudios sobre la implementación de la resolución 1373 (2001) se enfocan en las áreas temáticas más importantes abordadas por la resolución, específicamente, el desarrollo de legislación antiterrorista y de políticas tocantes a la represión del financiamiento del terrorismo, el control fronterizo, la aplicación de la ley, la cooperación internacional y el respeto por los DDHH. De acuerdo con el CCT, la legislación que se pretende promover mediante las disposiciones contenidas en la resolución 1373 (2001), tiene como uno de sus principales objetivos el brindar certeza jurídica en el ámbito del combate al terrorismo. De esta forma, un marco jurídico adecuado posibilitaría a los Estados realizar dicha tarea dentro de un marco normativo que no solo les permita procesar adecuadamente a los terroristas, de forma tal que puedan ser llevados ante la justicia, sino, que, a la vez, fungiría como la base para el desarrollo de futuras estrategias contra el terrorismo, actuando, simultáneamente, en un entorno de protección a los DDHH, en especial de aquellos concernientes al debido proceso⁵⁵⁶.

De tal manera, se advierte que, de este aspecto crucial, dependerá la correcta aplicación de la gran mayoría de las previsiones contenidas en la resolución 1373 (2001). De forma general, de la información presentada por el CCT a través del Estudios Globales se deduce que, aunque un cúmulo de Estados han promulgado extensa legislación en el ámbito penal orientada a lucha contra el terrorismo, muchos de estos, han producido legislación que carece de los requisitos concernientes a la especificidad, exhaustividad y complementariedad⁵⁵⁷. Tal problemática, aparece como

⁵⁵⁶ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001) por parte de los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2009/620, 3 de diciembre de 2009, p. 43.

⁵⁵⁷ Véase: Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001), Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2008/379, 10 de junio de 2008, pp. 29-30; y, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Estudio sobre la Implementación de la

una constante a lo largo de los Estudios y se aduce en término generales a las diferencias en cuanto a la capacidad técnica de los Estados, de la cual resulta un grado disímil en la tipificación de las ofensas requerida por la resolución 1373 (2001), razón por la cual, se identifica constantemente la necesidad de atención y asistencia⁵⁵⁸. Además de las ya señaladas, es posible identificar otras dificultades relativas a la promulgación de la legislación requerida por la resolución en comento, que inevitablemente terminan afectando la aplicación de otras resoluciones relacionadas, en cuanto a que, como se ha comentado, el total de las resoluciones del CS para la aplicación de medidas antiterroristas, componen una estrategia global que refleja la agenda legislativa del Órgano.

En este sentido, se advierte que las deficiencias en cuanto a la calidad de la legislación promulgada por ciertos Estados, ha sido también un factor de merma para la correcta implementación de la resolución 2178 (2014). Ya en el año 2014, se reportaba que, aunque muchos Estados habían introducido extensa legislación con miras al cumplimiento de la resolución 1373 (2001), misma que a la vez podía ser utilizada para llevar a cabo lo dispuesto en la resolución 2178 (2014), otros tantos seguían sin promulgar legislación para tales efectos. Incluso, había Estados que carecían de legislación para abordar los actos preparativos de los combatientes terrorista extranjeros exigida por esta última resolución, mientras que, otros tantos, habían introducido legislación excesivamente amplia, lo cual, evidentemente, dificultaba su aplicación. Para este punto en el tiempo, la información con que contaba el CS revelaba que, llevar a las personas sospechosas de participar en actividades terroristas a la justicia representaba grandes problemas prácticos⁵⁵⁹. Igualmente preocupante, resulta el hecho de que por medio del último reporte global publicado, el CCT informaba que la mayor parte de las estrategias nacionales para el combate al terrorismo que hasta ese momento habían elaborado los EMNU tendían a centrarse demasiado en medidas represivas.

Resolución 1373 (2001) por parte de los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2009/620, 3 de diciembre de 2009, p. 43.

⁵⁵⁸ Véase: Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Estudio Global sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001) por parte de los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2011/463, 1 de septiembre de 2011, p. 71.

⁵⁵⁹ Véase: Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Análisis preliminar de las principales carencias en la capacidad de los Estados Miembros para aplicar las Resoluciones del Consejo de Seguridad 1373 (2001) y 1624 (2005) que pueden obstaculizar su capacidad para frenar el flujo de combatientes terroristas extranjeros en virtud de la Resolución 2178 (2014), S/2014/807, 12 de noviembre de 2014, pp. 2-4.

Explicó, que, si bien tales estrategias pudieran ser eficaces hasta cierto punto, no contemplaban las numerosas medidas preventivas necesarias para hacer frente a los factores que conducen al terrorismo⁵⁶⁰. Ante tal afirmación, resurgen cuestionamientos acerca de la pertinencia de un régimen cuya adopción ha sido reiteradamente justificada en función de su carácter innovador, así como en atención a la celeridad que pretende aportar a los procesos por medio de los cuales se diseñan y aplican las estrategias para el combate al terrorismo.

Por otro lado, tampoco puede considerarse como eficiente la aplicación de las medidas destinadas a reprimir la financiación del combate al terrorismo en cuanto que, lo mismo que el área tocante a la promulgación de leyes, los Estudios Globales sobre la Aplicación de la Resolución 1373 (2001) por los Estados Miembros de Naciones Unidas, reflejan un cumplimiento desigual. De forma similar, el CCT ha reparado en que, aunque muchos Estados habían promulgado legislación para proteger a sus sistemas financieros de posibles abusos, todavía, la implementación práctica de tales medidas continuaba siendo elusiva⁵⁶¹. Ya en el 2009, el CCT advertía la prevalencia de dificultades en relación con las medidas destinadas al congelamiento de activos que se encontraban presentes en todas las regiones del mundo. En este sentido, llamó la atención al hecho de que las obligaciones de los Estados en el ámbito de la represión de la financiación del terrorismo se encuentran establecidas tanto en la resolución 1373 (2001) como en el CIRFT. De manera preocupante, apuntó hacia el hecho de que, aunque la mayoría de los Estados pertenecen a dicha convención -y la totalidad se encuentra obligada por la resolución 1373-, muchos no habían tipificado la financiación del terrorismo, mientras que, otros tantos, habían definido el tipo penal de forma incompatible con los actos que, tanto la resolución 1373 (2001) como el CIRFT aspiran a criminalizar⁵⁶².

Todavía, en el último estudio publicado por el CCT se advertían serias deficiencias en la implementación de las medidas destinadas al congelamiento de activos. Por ejemplo, el CCT reparó en que muchos Estados habían tipificado la financiación del

⁵⁶⁰ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Estudio Mundial sobre la Aplicación de la Resolución 1373 (2001) por los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2016/49, 20 de enero de 2016, p. 127.

⁵⁶¹ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001), Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2008/379, 10 de junio de 2008, pp. 30-31.

⁵⁶² Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001) por parte de los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2009/620, 3 de diciembre de 2009, p. 44.

terrorismo como un delito en sí mismo, pese a que suele ser necesario establecer una relación con un determinado acto terrorista a fin de demostrar el delito de financiación del terrorismo. En términos generales, el número de condenas por cargos contra la financiación del terrorismo seguía siendo relativamente bajo, incluso en las regiones con alto riesgo de actividad terrorista. Además, la mayoría de los Estados aún no habían podido responder a la financiación de una organización terrorista o de un individuo terrorista, cualquiera que fuese su propósito⁵⁶³. Incluso, el CCT observó en que el surgimiento de nuevos grupos terroristas como el EIIL daba origen a nuevos problemas para la comunidad internacional. En este sentido, advirtió que dicha organización es prácticamente autosuficiente. Tal suficiencia obedece principalmente a la capacidad del EIIL para aprovechar los recursos económicos de los territorios que controla. Su patrimonio, deriva de la explotación de yacimientos petrolíferos y refinerías locales, a la agricultura, al robo de bancos, al cobro de impuestos, a los secuestros para obtener rescates y, al saqueo de antigüedades. Asimismo, dicho grupo emplea técnicas calificadas por el CCT de “modernas”, consistentes en la recaudación de fondos a través de las redes sociales o la financiación colectiva a través de internet⁵⁶⁴. Ante este escenario, cabe cuestionarse sobre si la congelación de fondos de ciertos individuos a través del sistema de listas negras establecido por la resolución 1373 (2001) continúa siendo una herramienta adecuada para lidiar con la financiación del terrorismo. De igual forma, se estima pertinente preguntarse sobre la capacidad del CS para abordar efectivamente los nuevos desafíos relativos a la financiación que, en aquel momento, parecían desarrollarse más rápidamente que las estrategias para combatirlos.

Similarmente, el análisis de la información respectiva a la implementación de las medidas destinadas al control fronterizo revela una aplicación parcial y heterogénea. De forma constante, los Estudios reflejan que la efectividad en la implementación de las medidas relativas al control fronterizo variaba según la región en función de diversos factores, tales como el tipo de fronteras, la accesibilidad de las mismas o bien su extensión geográfica. Asimismo, la capacidad institucional y los recursos tecnológicos disponibles a cada Estado condicionaban el impacto de las medidas. Igualmente, factores como la presencia de un conflicto armado, disputas fronterizas o porciones de

⁵⁶³ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Estudio Mundial sobre la Aplicación de la Resolución 1373 (2001) por los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2016/49, 20 de enero de 2016, pp. 134-135.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 133.

territorio ajenas al control del Estado, dificultaban la correcta implementación de controles fronterizos. Otro problema identificado, consistía en que, aunque la mayoría de estos había proporcionado información relativa a las leyes e instituciones erigidas para controlar sus fronteras, muchos no habían informado sobre los aspectos prácticos de sus controles fronterizos⁵⁶⁵.

Incluso, el CCT reparó en que la imposibilidad de ciertos Estados para aplicar efectivamente las medias de control fronterizo contenidas en la resolución 1373 (2001), representaba también un obstáculo para la correcta aplicación de la resolución 2178 (2014). Observó, que muchos Estados aún no contaban con los requisitos para cumplir dichas exigencias. Por ejemplo, carecían de las políticas y medidas claras y necesarias para garantizar la seguridad e integridad del proceso de expedición de documentos de identidad y de viaje, como también medidas de control en aeropuertos y otros pasos fronterizos que garanticen una inspección eficaz de los viajeros. Entre tales medidas, se incluían el análisis de riesgos, el acceso a la información anticipada sobre los pasajeros o un uso más exhaustivo de esa información, el análisis de las pautas de viaje y el cotejo de estas con las listas de alerta nacionales, una adecuada formación de los agentes que actúan en primera línea y, el equipo necesario⁵⁶⁶. Ya en el año 2016, el CCT consideró que, si bien los Estados Miembros habían reforzado considerablemente las medidas de seguridad en los últimos años, todavía se enfrentaban a varios problemas, entre ellos el uso de fronteras abiertas por parte de los terroristas, las deficiencias del intercambio de información a nivel nacional e internacional y otras vulnerabilidades de los acuerdos de control de las fronteras⁵⁶⁷.

Por otro lado, puede considerarse que los datos relativos a la cooperación internacional arrojan resultados relativamente más favorables pues, ya en el 2008, el CCT informaba que una mayoría significativa de Estados provenientes de todas las regiones del orbe había ratificado 10 o más de las 16 convenciones antiterroristas

⁵⁶⁵ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001), Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2008/379, 10 de junio de 2008, pp. 31-32; Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001) por parte de los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2009/620, 3 de diciembre de 2009, p. 44;

⁵⁶⁶ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Análisis preliminar de las principales carencias en la capacidad de los Estados Miembros para aplicar las Resoluciones del Consejo de Seguridad 1373 (2001) y 1624 (2005) que pueden obstaculizar su capacidad para frenar el flujo de combatientes terroristas extranjeros en virtud de la Resolución 2178 (2014), S/2014/807, 12 de noviembre de 2014, pp. 5-6.

⁵⁶⁷ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Estudio Mundial sobre la Aplicación de la Resolución 1373 (2001) por los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2016/49, 20 de enero de 2016, pp. 138-139.

multilaterales celebradas hasta ese momento. No obstante, reparaba en que, en algunas regiones, los Estados no habían aprobado legislación que les permitiese implementar dichos instrumentos en el plano doméstico⁵⁶⁸. Sin embargo, en el 2009, informó lo que pueden describirse como mejoras importantes en el rubro de la cooperación internacional. De tal manera, reportó que en el tiempo transcurrido entre la presentación del primer informe y el que ahora se reseña, habían ocurrido 127 ratificaciones adicionales de los 16 instrumentos internacionales para el combate al terrorismo. Se encuentra significativo que, en aquel momento, la mayoría de los Estados formaba parte de 10 convenciones o más. Sin embargo, al igual que sucedía con el resto de las áreas temáticas contenidas en la resolución 1373 (2001), el área concerniente a la cooperación internacional no se caracterizaba por un cumplimiento homogéneo. Por el contrario, nuevamente, el CCT advertía la presencia de diferencias regionales que en gran medida obedecían a la falta de capacidad técnica y recursos humanos, así como la falta de entrenamiento e inexperiencia de algunos Estados para lidiar con problemas relativos al terrorismo internacional⁵⁶⁹.

En el siguiente Estudio publicado el CCT reportó avances significativos en materia de cooperación internacional al señalar que, desde la rendición de su último informe, habían ocurrido 65 ratificaciones adicionales de los instrumentos internacionales para el combate al terrorismo. Sin embargo, tal y como había indicado en su reporte previo, no solo existían discrepancias regionales en cuanto al número de ratificaciones, sino que, además, varios Estados de América del Sur, Asia Occidental, Asia del Sur y África, aún no habían promulgado leyes que les permitiesen incrementar y mejorar la coordinación judicial y administrativa necesaria para combatir efectivamente la amenaza terrorista⁵⁷⁰. Con todo, al presentar su último reporte publicado el CCT se ocupó nuevamente de reseñar las cuestiones relativas al tema de la cooperación internacional. En dicho rubro, identificó como un problema el que los Estados no habían respondido de forma apropiada a las tendencias asociadas con el aumento de la delincuencia transnacional, incluido el terrorismo, y a la evolución de la tecnología de la información sin fronteras

⁵⁶⁸ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001), Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2008/379, 10 de junio de 2008, p. 34.

⁵⁶⁹ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001) por parte de los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2009/620, 3 de diciembre de 2009, pp. 47-48.

⁵⁷⁰ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Estudio Global sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001) por parte de los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2011/463, 1 de septiembre de 2011, p. 82.

que se habían incrementado sustancialmente en el último decenio. En general, estimó que los Estados hacían un uso muy limitado de la asistencia judicial recíproca en asuntos penales, en particular en las causas relativas a los combatientes terroristas extranjeros. Advirtió, que incluso los Estados con gran capacidad utilizaban principalmente pruebas obtenidas a nivel nacional a la hora de enjuiciar a dichos combatientes⁵⁷¹.

Por otra parte, el análisis del rubro concerniente a la aplicación de legislación antiterrorista revela serias deficiencias. En este campo, resultan ilustrativas las consideraciones presentadas por el CCT a través del último Estudio publicado. De tal manera, informó sobre cierto progreso, en el sentido de que muchos Estados habían elaborado nuevas estrategias, incluso, adaptándolas de manera tal que fuesen útiles para combatir el terrorismo de forma preventiva y abordar las nuevas dificultades arrojadas por su evolución. No obstante, advirtió que el avance general desde el último Estudio Global publicado había sido lento. Indicó, que solo 27 Estados contaban con estrategias vigentes contra el terrorismo lo suficientemente amplias e integradas. Sin embargo, lo que encontró más preocupante, fue el hecho de que 134 Estados tenían una estrategia mínima contra el terrorismo o no tenían ninguna estrategia en vigor. Además, estimó que 42 de tales Estados se encontraban entre los 78 países más afectados por los combatientes terroristas extranjeros, de acuerdo con cifras extraídas del segundo informe sobre dicho fenómeno. A la vez, situado en el contexto de aplicación de la ley, notó que, en general, no había información suficiente sobre el respeto a los DDHH en la lucha contra el terrorismo, razón por la cual, resultaba necesario prestar atención a dicha cuestión, cuantimás porque de acuerdo a la información disponible, únicamente 14 Estados cumplían cabalmente con tal requisito⁵⁷².

El tema del respeto a los DDHH en la aplicación de las resoluciones legislativas del CS es uno que guarda especial sensibilidad para nuestro estudio. Sobre esta cuestión, se advierte que tan pronto como la publicación del primer Estudio Global, el CCT informó que los mecanismos de protección a los DDHH de la ONU continuaban expresando preocupaciones sobre la implementación de ciertas medidas dimanadas de la resolución 1373 (2001) que aparentemente podrían resultar en la violación de algunas obligaciones

⁵⁷¹ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Estudio Mundial sobre la Aplicación de la Resolución 1373 (2001) por los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2016/49, 20 de enero de 2016, p. 140.

⁵⁷² *Ibid.*, p. 137.

internacionales de los Estados. En primer término, se detectaban inquietudes relativas al empleo doméstico de definiciones vagas o imprecisas del término “terrorismo”, en cuanto a que podrían conducir al establecimiento de legislación que, al intentar cumplir con el requisito de adoptar leyes que tipifiquen al terrorismo como delito grave en las jurisdicciones internas, terminasen infringiendo el principio de legalidad, pudiendo ser utilizadas para suprimir las libertades de opinión, expresión y asociación, tal y como se encuentran protegidas por el Derecho Internacional. Del mismo modo, al referirse al requisito establecido por la resolución 1373 (2001) relativo al enjuiciamiento de aquellos sospechosos de participar en actividades relacionadas con el terrorismo, el CCT identificó ciertas preocupaciones que habían sido manifestadas sobre algunos aspectos asociados con la implementación de justicia prevalecientes en determinados Estados. Entre tales, mencionaba que entre las prácticas de algunos Estados, imperaban comportamientos que resultan violatorios de ciertas normas de Derecho Internacional Humanitario, como, por ejemplo, la desatención a la presunción de inocencia; el empleo de detenciones incomunicadas, prácticas de tortura, la negación del acceso a los tribunales y otros derechos relativos al debido proceso; detenciones prolongadas sin acceso a un juicio y; finalmente, el uso excesivo de la fuerza por parte de las corporaciones policiales⁵⁷³.

Aproximadamente un año después, el CCT observó que, en muchos Estados, las cuestiones relacionadas con el combate al terrorismo y los DDHH habían sido objeto de debate en sus respectivas legislaturas, así como en otros foros públicos. En muchos otros, la judicatura se había erigido como guardiana de la compatibilidad de las medidas antiterroristas con las obligaciones internacionales relativas a los DDHH. Inclusive, notaba que algunas organizaciones regionales e internacionales habían emitido directrices con el objeto de asistir a los Estados en la lucha contra el terrorismo, al tiempo en que procuraban un respeto total por los DDHH y las garantías procesales de los implicados. Sin embargo, advirtió la persistencia generalizada de preocupaciones en el sentido de que las medidas antiterroristas adoptadas por ciertos Estados, incluyendo aquellas derivadas de la aplicación de la resolución 1373 (2001), no resultaban compatibles con sus obligaciones internacionales de DDHH. Tal situación continuaba

⁵⁷³ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001), Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2008/379, 10 de junio de 2008, p. 34.

atrayendo la atención de la ONU y los sistemas regionales de protección a los DDHH, así como aquella de la sociedad civil⁵⁷⁴.

A través del tercer Estudio Global, el CCT reiteraba que la cuestión de cómo aplicar el régimen de sanciones en concordancia con los DDHH continuaba siendo objeto de debate. Aclaró, que tal situación no necesariamente debía ser considerada como una fuente de preocupación, debido a que el combate al terrorismo presenta desafíos de una especial naturaleza, que deben ser enfrentados mediante respuestas innovadoras sujetas al escrutinio público. Con todo, indicaba que, aunque los DDHH permiten cierta flexibilidad a los Estados cuando enfrentan cuestiones de seguridad, estos, deben de respetar ciertos principios fundamentales en todo momento; específicamente, los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad y no discriminación. Asimismo, están obligados en todo momento a respetar aquellos derechos considerados como no derogables por el Derecho Internacional, o bien, aquellos que hayan obtenido el estatus de *jus cogens*, tales como el derecho de las personas a no ser torturados, así como la prohibición de las desapariciones forzadas. Con todo, el Comité reparaba en que algunos Estados habían establecido medidas que se apartaban de los procedimientos administrativos y penales estándares debido a los inusuales desafíos que representan la investigación y persecución de los actos terroristas. De tal suerte, los mecanismos de protección a los DDHH de Naciones Unidas habían expresado que tales acciones, entre las que se mencionaban como ejemplo periodos prolongados de investigación y detención previo a un juicio y limitaciones al acceso de asistencia legal, pudieran ser inconsistentes con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos fundamentales⁵⁷⁵.

Asimismo, del último Estudio Global publicado se deduce la persistencia de deficiencias relativas a la obligación de los Estados de proteger en todo momento los DDHH al aplicar las resoluciones pertinentes del CS. De acuerdo con el CCT, las evaluaciones que había realizado manifestaban una serie de deficiencias en los esfuerzos emprendidos por los Estados para respetar los DDHH, entre las cuales identificaba definiciones vagas y excesivamente amplias de los delitos de terrorismo, la

⁵⁷⁴ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001) por parte de los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2009/620, 3 de diciembre de 2009, p. 41.

⁵⁷⁵ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Estudio Global sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001) por parte de los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2011/463, 1 de septiembre de 2011, pp. 85-86.

aplicación de leyes antiterroristas para reprimir a los defensores de los DDHH, restricciones excesivas del derecho a la libertad de expresión, la tortura y los malos tratos, así como la escasez de supervisión de los encargados de hacer cumplir la ley. Del mismo modo, encontró escasa la información proporcionada por los Estados para evaluar los avances con respecto a la adecuada tipificación del delito del reclutamiento de nuevos terroristas. Advirtió, que, aunque en los últimos años podía constatarse que se habían promulgado leyes autorizando el uso de técnicas de investigación especiales, todavía, la información disponible no indicaba claramente si todos los Estados tenían la capacidad para utilizar dichas técnicas de manera eficaz, y si su uso garantizaba el pleno respeto a los DDHH y el Estado de Derecho⁵⁷⁶.

De forma similar, el cumplimiento de lo dispuesto en la resolución 1267 (1999) puede ser descrito como desigual. A través de los informes rendidos por el “Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, establecido en virtud la resolución 1526 (2004) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas” (el Equipo de Monitoreo), resulta posible verificar que, incluso en su etapa inicial, la cumplimentación de las medidas derivadas de la resolución 1267 y subsecuentes representaba un reto tanto para el CS y los sub-organismos creados por este, como para los EMNU. De esta forma, mediante su primer informe publicado⁵⁷⁷, el Equipo de Monitoreo advertía que las sanciones destinadas a frenar el terrorismo de Al-Qaida y los talibanes no habían logrado lo que se esperaba. Observaba, que lo anterior respondía en parte a la dificultad que comprendía elaborar, cuantimás imponer sanciones al tipo de terrorismo relacionado con Al-Qaida. Asimismo, señalaba que, por motivos diversos, la lista mediante la cual se implementaban las sanciones había perdido su credibilidad y valor operativo, razones por las que encontraba necesario actualizar tanto su pertinencia como su precisión.

A la fecha, el Equipo de monitoreo ha integrado y publicado 19 informes mediante los cuales se presenta amplia información, analizada a detalle, sobre los aspectos más importantes de la aplicación de la resolución 1267 (1999). Dicho análisis, naturalmente

⁵⁷⁶ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Estudio Mundial sobre la Aplicación de la Resolución 1373 (2001) por los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2016/49, 20 de enero de 2016, pp. 128-129.

⁵⁷⁷ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Primer Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, establecido en virtud la resolución 1526 (2004) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2004/679, 25 de agosto de 2004, p. 4.

se extiende a todas las resoluciones subsecuentes por medio de las cuales el Régimen 1267 ha sido tanto ampliado, como mejorado. Siendo que ya se ha dedicado un espacio considerable al análisis de la evolución transcurrida en relación con dicho régimen, por medio del cual, se han destacado tanto las deficiencias en su implementación, como los progresos registrados en forma de mejoras tendientes a una mayor protección de los DDHH, nos limitaremos a presentar algunos señalamientos realizados por el Equipo de Monitoreo a lo largo de la serie de informes publicados, que pueden resultar de utilidad para valorar la eficiencia relativa a la aplicación de sanciones.

En este sentido, a través de los documentos publicados por el Equipo de Monitoreo, resulta posible ubicar la persistencia de ciertas dificultades que, pese a los esfuerzos conjuntos de los organismos encargados de supervisar el cumplimiento del Régimen 1267 y los EMNU, aparecen como constantes. De tal forma, resulta posible observar la permanencia de dificultades asociadas con el bajo nivel de cumplimiento evidenciado por los EMNU⁵⁷⁸. De manera frecuente, se aduce el bajo nivel de cumplimiento por parte de los Estados a la falta de capacidad técnica y conocimientos en el ámbito de la lucha contra el terrorismo; a la importancia secundaria que algunos de estos pudieran conferir a la lucha contra el terrorismo en relación con otras estrategias para tales efectos; y, a la falta de importancia que pudieran atribuir a las sanciones al no considerarse afectados de manera directa por el fenómeno terrorista⁵⁷⁹. De forma

⁵⁷⁸ Véase: Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Primer Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, establecido en virtud la resolución 1526 (2004) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2004/679, 25 de agosto de 2004, pp. 4, 19-20; Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Segundo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, establecido en virtud la resolución 1526 (2004) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2005/83, 15 de febrero de 2005, p. 15; Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Quinto Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, establecido en virtud de las resoluciones 1526 (2004) y 1617 (2005) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2006/750, 20 de septiembre de 2006, pp. 12-14; Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Tercer Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, presentado de conformidad con la Resolución 1989 (2011) relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2012/968, 31 de diciembre de 2012, p. 13; Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Séptimo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 2161 (2014) relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2015/441, 16 de junio de 2015, p. 21.

⁵⁷⁹ Véase: Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Primer Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, establecido en virtud la resolución 1526 (2004) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2004/679, 25 de agosto de 2004, pp. 9-10; Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Quinto Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, establecido en virtud de las resoluciones 1526 (2004) y 1617 (2005) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2006/750, 20 de septiembre de 2006, pp. 12-14;

inquietante, se repara en que, reiteradamente, el Equipo de Monitoreo identificó las objeciones de algunos EMNU relativas a las deficiencias en materia de protección a los derechos concernientes al debido proceso de los afectados. Sobre este punto, pueden identificarse múltiples observaciones que evidencian un cierto malestar por parte de algunos Estados, que se origina en el carácter injusto que atribuyen a las sanciones de congelamiento de activos⁵⁸⁰.

Paradójicamente, los procesos sancionadores que fueron diseñados para erigir una estrategia internacional de lucha contra el terrorismo capaz de lograr un grado de eficiencia que se consideraba de difícil obtención a través de acuerdos multilaterales; han devengado en un obstáculo para la correcta aplicación de las sanciones. En este sentido, resultan significativas las múltiples alusiones por parte del Equipo de Monitoreo a la emergencia y continuidad de ciertos “obstáculos jurídicos” para la implementación de las sanciones. Tales obstáculos, se constituyen por la multiplicidad de demandas jurídicas presentadas en diversos puntos del orbe, principalmente, en Europa y los EEUU. Éstas, han sido calificadas como un obstáculo para la correcta

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Séptimo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, establecido de conformidad con las resoluciones 1617 (2005) y 1735 (2006) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2007/677, 29 de noviembre de 2007, pp. 6-7; Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Noveno Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones presentado en cumplimiento de la Resolución 1822 (2008) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2009/245, 13 de mayo de 2009, pp. 11-12; Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones presentado de conformidad con la Resolución 1822 (2008) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2009/502, 2 de octubre de 2009, pp. 17-18; Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Cuarto Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 2083 (2012) relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2013/467, 2 de agosto de 2013, pp. 10-11;

⁵⁸⁰ Véase: Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Primer Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, establecido en virtud la resolución 1526 (2004) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2004/679, 25 de agosto de 2004, p. 11-12; Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Cuarto Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, establecido en virtud de las resoluciones 1526 (2004) y 1617 (2005) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2006/154, 10 de marzo de 2006, pp. 12-16; Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Séptimo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, establecido de conformidad con las resoluciones 1617 (2005) y 1735 (2006) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2007/677, 29 de noviembre de 2007, pp. 6-7; Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Noveno Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones presentado en cumplimiento de la Resolución 1822 (2008) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2009/245, 13 de mayo de 2009, pp. 11-12; Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones presentado de conformidad con la Resolución 1822 (2008) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2009/502, 2 de octubre de 2009, pp. 17-18.

implementación del Régimen 1267, en cuanto a que se considera que han fungido como un factor de disuasión para que los Estados proponga la inclusión de nuevos nombres en la Lista Consolidada⁵⁸¹.

Todavía, al rendir su Noveno Informe⁵⁸², el Equipo de Monitoreo observaba que, pese al reconocimiento universal del régimen de sanciones, varios factores habían entorpecido su implementación eficaz. Entre tales, advertía la falta de capacidad necesaria por parte de algunos Estados para introducir y hacer cumplir las medidas. Otros tantos, consideraban que los objetivos perseguidos por las medidas eran poco importantes para sus países; mientras que otro grupo las desentendía en función de su poca eficacia. Inclusive, había Estados reacios a cooperar debido a consideraciones sobre la legitimidad del régimen. En este sentido, advertía que pese a las innovaciones introducidas al régimen por el CS, continuaban las impugnaciones judiciales en contra de la aplicación de sanciones. Con todo, señalaba que, aunque tales impugnaciones no habían puesto en tela de juicio la autoridad del CS para imponer el régimen de sanciones, habían permitido que los tribunales nacionales y regionales desempeñasen una función esencial en la aplicación del régimen por los EMNU. De tal manera, habían reafirmado su autoridad para examinar la legalidad de las medidas adoptadas por los Estados para dar efecto a las resoluciones pertinentes del CS. De esta forma, habían declarado que las consecuencias que acarrearía figurar en la lista requerían que los derechos de las personas y entidades que se incluyesen en esta recibieran cierto grado de protección, en particular, su derecho a conocer los motivos de su inclusión, el derecho a ser oídos y el derecho a recurrir la decisión ante un órgano independiente. Finalmente, aunque por un lado consideró concebible un escenario en el cual, tras la rendición de

⁵⁸¹ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Segundo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, establecido en virtud la resolución 1526 (2004) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2005/83, 15 de febrero de 2005, pp. 17-18; Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Octavo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones presentado en cumplimiento de la Resolución 1735 (2006) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2008/324, 14 de mayo de 2008, p. 41; Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Primer Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones establecido en virtud de la Resolución 1526 (2004) del Consejo de Seguridad y cuyo mandato fue prorrogado por la resolución 1904 (2009) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2011/245, 13 de abril de 2011, pp. 14-16; Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Segundo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, presentado de conformidad con la Resolución 1989 (2011) relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2012/729, 1 de octubre de 2012, pp. 12-14.

⁵⁸² Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Noveno Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones presentado en cumplimiento de la Resolución 1822 (2008) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2009/245, 13 de mayo de 2009, pp. 11-12.

decisiones favorables a aquellas personas que se encontraban impugnado judicialmente las sanciones en su contra, pudieran causar dificultades reales en la aplicación de las sanciones; por otro, estimó que la participación de tribunales regionales y locales, coordinada con las actividades del Punto Focal y la revisión de las entradas contemplada en la resolución 1822 (2002), pudiera ayudar al Comité de Sanciones a fortalecer el régimen 1267, sin menoscabar la autoridad del CS en el proceso.

No obstante, debe aclararse que todavía en enero de 2014, el Equipo de Monitoreo advertía que de la información recopilada durante sus visitas a los Estados, se desprendía que el conocimiento de la existencia de la lista y de las obligaciones que de ella derivan variaban⁵⁸³. Meses después, observó que pese a las mejoras aplicadas al Régimen 1267, entre las cuales se contaba ya con la Oficina del Ombudsman, los procedimientos de inclusión y supresión de la lista continuaban generando debate⁵⁸⁴. Con posterioridad, tras señalar que una de las dificultades habituales del régimen de sanciones es encontrar nuevas maneras de facilitar su aplicación, el Equipo reparaba en que mejorar las sanciones y medir el impacto de las mismas representaba un desafío constante⁵⁸⁵. A los problemas referidos, puede sumarse aquel producto de la irrupción de nuevos grupos terroristas como el EIIL y el FAN, cuya rápida capacidad de adaptación les ha servido para circundar los efectos que sobre ellos pudiesen tener las sanciones selectivas del CS. De tal manera, al presentar su Décimo Octavo Informe, el Equipó señaló que el EIIL seguía obteniendo ingresos importantes a partir de actividades tales como el cobro de “impuestos” y la extorsión, mismas que había desarrollado para suplantar los ingresos que anteriormente obtenía de la venta de petróleo y, a través de los cuales, podía llegar a recaudar hasta 30 millones de dólares al mes. Del mismo modo, el Equipo llamó la atención al comercio de antigüedades procedentes de Iraq o Siria como fuentes de ingreso para el EIIL, advirtiendo que seguía siendo difícil calcular con exactitud la suma anual que este podría recaudar por medio

⁵⁸³ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Quinto Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 2083 (2012) relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2014/41, 23 de enero de 2014, p. 12.

⁵⁸⁴ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Sexto Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 2161 (2014) relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2014/770, 29 de octubre de 2014, pp. 16-20.

⁵⁸⁵ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Séptimo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 2161 (2014) relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2015/441, 16 de junio de 2015, p. 19.

de tales actividades. Igualmente, indicó que el EIIL había podido continuar transfiriendo fondos a algunos de sus asociados a través de transportistas de dinero, sistemas paralelos de transferencia de fondos y canales bancarios. Tal curso de acción, evidenciaba la descentralización del EIIL, así como su capacidad para generar oportunidades de financiar ataques, así como afiliados y células, en todo el mundo⁵⁸⁶.

En cualquier caso, puede considerarse que incluso antes de los sucesos reseñados, la efectividad de las medidas destinadas al congelamiento de activos resulta cuestionable. En marzo de 2007, el Equipo de Monitoreo advertía, de acuerdo con estudios fidedignos realizados por instituciones como el FMI y el BM, que determinados aspectos de la aplicación por parte de los EMNU del régimen de sanciones contra Al-Qaida y los talibanes seguían presentando deficiencias. Mediante el examen de una muestra compuesta por 18 países, dichas organizaciones encontraron que ninguno de estos había cumplido plenamente con la “Recomendación Especial III” del Grupo de Acción Financiera y que solo dos cumplían en gran medida con las exigencias de dicho instrumento, entre las cuales figuraba la congelación de activos de acuerdo a lo prescrito por las resoluciones 1267 (1999) y 1373 (2001)⁵⁸⁷. Ya en el año 2013, el Equipo de Monitoreo recordó que seguía siendo difícil medir el cumplimiento general del régimen de sanciones. Advirtió, que, aunque el Grupo de Acción Financiera y los órganos regionales similares habían evaluado la capacidad de la mayor parte de los Estados Miembros para aplicar la congelación de activos, todavía, las evaluaciones no habían examinado la prohibición de viajar ni el embargo de armas. Además, dichas evaluaciones se habían realizado con respecto a los marcos jurídicos de los Estados de que se trataba, no así en relación a la aplicación concreta de las sanciones a personas contenidas en la lista, razón por la cual, reflejaban parcialmente la aplicación real de la congelación de activos. A estas alturas, comenzaba a presentarse como habitual en los reportes rendidos por el Equipo de Monitoreo el señalamiento relativo a la enorme dificultad de recabar y organizar información relativa al incumplimiento de los Estados, principalmente, debido a la escasez de información verificable, y a la posibilidad de que

⁵⁸⁶ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Octavo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 2253 (2015) relativa al Estado Islámico en el Iraq y el Levante (Daesh), Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2016/629, 19 de julio de 2016, pp. 8-9, 19.

⁵⁸⁷ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Sexto Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, establecido en virtud de las resoluciones 1526 (2004) y 1617 (2005) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2007/132, 8 de marzo de 2007, p. 11.

los Estados interesados respondiesen de forma negativa. Del mismo modo, la atribución de tal problemática a la falta de capacidad técnica de los Estados, en vez de a su falta de voluntad política, se presentaba como un argumento recurrente en los informes del Equipo de Monitoreo⁵⁸⁸.

Finalmente, se encuentra significativo el que, al rendir el último de sus informes publicados, el Equipo de Monitoreo haya abordado el tema relativo al impacto del resto de las sanciones únicamente de forma prospectiva. De tal manera, exceptuando un recordatorio sobre lo expuesto en su décimo octavo informe, en relación al impacto que tuvo la designación por parte del Gobierno de Iraq de ciertas empresas de transferencia de dinero sospechosas de participar en actividades de financiamiento al terrorismo, se limitó a señalar los organismos con los que había cooperado y pretendía seguir colaborando, realizando algunas recomendaciones al respecto y, omitiendo presentar datos concretos con respecto a la efectividad que habían tenido las medidas⁵⁸⁹. Indubitablemente, la información reseñada refleja un cumplimiento desigual de las sanciones originalmente instauradas mediante la resolución 1267 (1999), así como de aquellas medidas que, por medio de una serie de resoluciones subsecuentes, fueron añadidas paulatinamente a la gama de medidas que en la actualidad se asocian con dicho entramado. De acuerdo con el propio Equipo de Monitoreo, la observancia parcial del régimen obedece a diversos motivos. No obstante, resulta posible identificar la falta de capacidad para habilitar e implementar las estrategias decididas por el CS, así como la falta de interés por parte de ciertos Estados, que, al no sufrir directamente el impacto del flagelo terrorista, optan por encauzar sus políticas gubernamentales a la resolución de problemas que consideran como de mayor urgencia. Ante este escenario, el argumento mediante el cual se pretende justificar la acción legislativa del CS en función de la efectividad pierde peso. Finalmente, el CS ha tratado de fortalecer sus regímenes de sanciones a través del desarrollo de capacidades y la institución de mecanismos internacionales de cooperación.

⁵⁸⁸ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Cuarto Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 2083 (2012) relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2013/467, 2 de agosto de 2013, pp. 14-15.

⁵⁸⁹ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Noveno Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 2253 (2015) relativa al Estado Islámico en el Iraq y el Levante (Daesh), Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2017/35, 13 de enero de 2017, pp. 22, 25-27.

De tal suerte, se advierte que la efectividad de las acciones antiterroristas emprendidas por el CS depende inexorablemente del grado de cumplimiento que puedan llegar ofrecer los EMNU. En este contexto, parece significativa la desigualdad que caracteriza la aplicación de las resoluciones 1267 (1999), 1373 (2001) y 1540 (2004); desigualdad que, como se ha visto, se extiende a la implementación de lo previsto en la resolución 2178 (2014). Si bien no puede negarse que las acciones del CS en la lucha contra el terrorismo han resultado en una mayor coordinación de la comunidad internacional, y, por lo tanto, en un incremento en las operaciones destinadas a la lucha contra dicho fenómeno, se juzga que la efectividad con que el Órgano se ha ocupado de tales tareas es relativa. Debido a lo anterior, se considera que la acción legislativa por parte del CS no puede estimarse cómo la vía ideal para ocuparse de la lucha contra el terrorismo. En este sentido, no podemos sino coincidir con Jane Boulden⁵⁹⁰ cuando señala que con todo lo importante e innovadora que pudiera ser la acción antiterrorista del CS, nadie argumenta que este es, o será, el actor principal en esta área a nivel mundial. Advierte, que tal y como sucede con otros asuntos relacionados al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, en última instancia, la acción del CS funge como catalizador de la acción estatal y no como sustituto de la misma. Por tanto, la efectividad del Órgano en este rubro, dependerá inevitablemente de la capacidad que tengan los Estados para desarrollar una estrategia antiterrorista efectiva y funcional basada en un entendimiento preciso y profundo de la naturaleza y las causas del terrorismo.

Ante este escenario, parece pertinente cuestionarse si, efectivamente, la acción legislativa del CS es capaz de acarrear beneficios importantes para la comunidad internacional. Como se ha visto, los partidarios de la expansión competencial del Consejo consideran que este tipo de acciones puede servir para subsanar importantes vacíos legales en áreas claves para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Al respecto, Björn Elberling⁵⁹¹ considera como dudoso el que el CS pueda atajar problemas de esta naturaleza de forma trascendental. Opina, que no existen razones para creer que los Miembros Permanentes del Consejo, conocidos por su selectividad en el ejercicio de los poderes ejecutivos del Órgano, serán menos selectivos al operar en capacidad legislativa. Subraya, que, hasta el momento, todas las resoluciones legislativas, así como otras resoluciones de largo alcance emitidas

⁵⁹⁰ Jane Boulden, *Op. Cit.*, p. 623.

⁵⁹¹ Björn Elberling, *Op. Cit.*, pp. 349-350

recientemente, han sido adoptadas como una extensión de la política exterior de los EEUU. Este tema, a nuestro juicio, guarda íntima relación con la estructura no democrática del CS, misma que como se ha señalado, difícilmente permite reflejar la voluntad colectiva de los EMNU de manera tan clara como lo hace respecto a aquella de sus 5 Miembros Permanentes.

6.3 Redefiniendo la Expansión Competencial: Propuestas de Reestructuración al Ejercicio de Poderes Legislativos

A través del análisis realizado a lo largo de esta segunda parte, se ha procurado reseñar el proceso de expansión competencial emprendido por el CS. Este proceso, ha permitido el ejercicio de competencias legislativas por parte del Órgano, lo cual, a su vez, ha dado lugar al surgimiento de un amplio debate sobre la legalidad, legitimidad e idoneidad de dicho fenómeno. Con todo, las cuestiones relevantes para disipar la discusión de estos temas no pueden considerarse resueltas. Sin embargo, pese a las discrepancias existentes en relación con la faceta legislativa del CS, lo cierto, es que este ha celebrado en el plano internacional, los actos que históricamente guardan mayor semejanza con el acto legislativo doméstico. Incluso, pese a las numerosas críticas por parte de la comunidad académica, así como de los propios EMNU, las obligaciones impuestas por el Consejo, con todo y los bemoles existentes en torno a su implementación, continúan vigentes. No obstante su errático cumplimiento, el CS continúa sus esfuerzos por mejorar la capacidad de los Estados para implementar sus decisiones de forma efectiva. Tal curso de acción, sugiere la disponibilidad del Órgano para continuar centrando su estrategia de lucha contra el terrorismo entorno a las resoluciones legislativa que ya ha adoptado, como también, indica la posibilidad de que este vuelva a emitir resoluciones con tales características, por lo menos en el ámbito específico que hasta ahora lo ha hecho.

Ante el escenario descrito, Wouters y Odermatt⁵⁹², consideran que las interrogantes relativas a si efectivamente el CS puede legislar han sido reemplazadas por aquellas concernientes a el cómo puede hacerlo. Para los citados autores, al entrar en el campo de la actividad legislativa, el CS ha adoptado resoluciones que pueden situarse en la misma categoría que las formas tradicionales de producción normativa del Derecho Internacional, tales como la celebración de tratados y el desarrollo de normas a través de

⁵⁹² Jan Wouters & Jed Odermatt, *Op. Cit.*, p. 5.

la costumbre internacional. En lo particular, no se comparte la visión reseñada, puesto que, se juzga que aunque novedosa y sin precedentes, todavía, la actividad legislativa del CS se encuentra circunscrita al derecho de los tratados. Como órgano derivado de la CNU, el CS se encuentra sujeto a las mismas disposiciones que aplican a dicho instrumento, por lo menos, hasta que tenga lugar una cristalización inequívocamente concluida de una norma consuetudinaria que le permita el ejercicio de competencias legislativas no contemplado por la Carta Fundacional de la ONU.

Por ahora, puede considerarse que, aunque ciertamente el CS puede imponer obligaciones vinculantes a los Estados, incluso desplazar obligaciones previamente adquiridas por estos, no puede, en principio, introducir normas completamente nuevas o modificar aquellas ya existentes de manera permanente. Asimismo, la naturaleza ejecutiva del Órgano, en virtud de la cual, sus decisiones se encuentran siempre confinadas al cumplimiento de un objetivo, a saber, la paz y seguridad internacionales, previene la consideración de sus resoluciones como una fuente autónoma de Derecho Internacional. De tal manera, pese a que las acciones del CS pueden considerarse como vitalmente ligadas al desarrollo del Derecho Internacional, en última instancia, aunque estas puedan involucrar Derecho Internacional General, la práctica del Consejo meramente constituye evidencia del estado en que se encuentran las normas internacionales e implica, a la vez, un refinamiento de las mismas. Con todo, debe reconocerse que la práctica reciente del CS representa un desafío para el paradigma descrito, así como que esta puede afectar la dirección en que se desarrolla el Derecho Internacional⁵⁹³.

Así las cosas, la incertidumbre sobre la naturaleza de las competencias legislativas del CS no ha sido un factor que prevenga su ejercicio. No obstante, como se ha podido constatar a través de actos como las mejoras realizadas por el CS a los procesos de implementación del régimen 1267, o bien a través de sus intentos por incluir a los Estados no Miembros del Consejo en las deliberaciones tendientes a la adopción de la resolución 1540 (2004), las discrepancias manifestadas a través de los propios Estados, la comunidad académica e incluso, los tribunales regionales y domésticos en los cuales se han ventilado los asuntos relativos a posibles violaciones de DDHH, resultan indicativos de que ciertamente existen agentes y circunstancias capaces de influir en el desarrollo de los poderes legislativos del CS, los cuales, no pueden considerarse como

⁵⁹³ Kenneth Manusama, *Op. Cit.*, pp. 40-44.

plenamente determinados. Tomando esto en consideración, se estima conveniente revisar algunas propuestas que tanto los detractores como los partidarios del ejercicio de poderes legislativos por parte del CS han realizado en aras de delimitar lo que, en un futuro, pudiera llegar a considerarse de forma inequívoca como una práctica consolidada del principal Órgano político de la ONU.

En primer término, resulta posible incluir dentro de las propuestas como directrices a la acción legislativa del CS algunas de las limitantes ya contenidas en la CNU, mismas que ya se han reseñado, pero que dada la evolución en curso por la que atraviesa el desarrollo de las competencias legislativas del CS, el Órgano haría bien en tomar en cuenta –en cuanto a que está obligado a hacerlo– al adoptar resoluciones de naturaleza legislativa. Aparentemente, queda claro que el CS no puede actuar como una legislatura general. Al emitir legislación, esta debe estar confinada a áreas relacionadas con la salvaguarda de la paz y seguridad internacionales. Asimismo, el CS debe actuar en concordancia con la CNU en cuanto a que esta le impone una serie de obligaciones procedimentales y materiales. Igualmente, las decisiones legislativas del CS deben de respetar el Derecho Internacional general⁵⁹⁴. Pese a su carácter básico, implementadas de forma correcta, tales limitantes pudieran constituir importantes restricciones a la acción legislativa del CS. No obstante, hay quien opina que siendo que potencialmente todas las áreas del Derecho Internacional son susceptibles de constituir un escenario capaz de albergar una amenaza para la paz internacional, el primer límite referido resulta de poca importancia práctica⁵⁹⁵. De tal manera, aunque ciertamente la discreción de la que goza el Consejo para determinar una amenaza a la paz en virtud del artículo 39 CNU pudiera ser utilizada para legislar en situaciones que dudosamente pudieran pertenecer a su ámbito competencial, se estima que la aplicación del *test* de la doble estrategia pudiera servir para delimitar las acciones del Órgano. En este sentido, las decisiones de carácter legislativo que pudiera emitir el CS, tendrían que tener cierto vínculo que por lo menos fuera identificable con un conflicto armado existente o posible que, independientemente de su naturaleza interna o internacional, sea susceptible de provocar efectos disruptivos para la paz y seguridad internacionales.

Asimismo, las restricciones arriba planteadas, pueden y deben de ser complementadas exigiendo al CS que, al emitir resoluciones de carácter legislativo, lo

⁵⁹⁴ Luis Miguel Hinojosa Martínez, *Op. Cit.*, p. 356.

⁵⁹⁵ Axel Marschik, *Op. Cit.*, p. 25.

haga mediante un estricto apego al principio de proporcionalidad. Por tanto, las decisiones legislativas del Consejo deben de ser las adecuadas para lograr el objetivo en función del cual fueron planteadas⁵⁹⁶. Dicho objetivo, tiene que ser constitutivo de una amenaza seria a la paz, la cual, además, tiene que ser de naturaleza general y global. Igualmente, el uso de resoluciones legislativas para dichos fines debe de ser visto como una medida excepcional que solo puede ser aplicada, y cuya aplicación debe estar limitada en el tiempo, en relación a circunstancias excepcionales⁵⁹⁷. Para algunos⁵⁹⁸, la excepcionalidad de dichas circunstancias radica en la emergencia de una nueva y urgente amenaza a la paz no contemplada en regímenes convencionales existentes. No obstante, aunque se comprende que las razones para realizar tales consideraciones residen en la lentitud y laboriosidad que implica la creación de nuevos y complejos acuerdos multilaterales, en lo particular, se considera que dicha limitante debe de ser complementada por criterios más específicos, puesto que, de otra manera, nos encontraríamos ante una situación en la cual el CS goza de una amplia discrecionalidad para determinar lo que constituye una emergencia susceptible de ser abordada a través de un acto legislativo. Dicha situación, a su vez, pudiera resultar en desplazamientos innecesarios del consentimiento estatal como base de las obligaciones internacionales.

Ante la problemática descrita, parece posible adoptar un enfoque como el que propone Nicholas Tsagourias⁵⁹⁹ quien considera que, al legislar, el CS debe apegarse al principio de subsidiariedad. Para el citado autor, antes de que se realice cualquier actividad legislativa debe de estar claramente establecido que la propuesta de legislación recae tanto dentro del ámbito de los poderes jurisdiccionales del CS, así como también dentro de aquel relativo a los poderes jurisdiccionales de los Estados. Dicho sea de otro modo, la propuesta debe ajustarse al ámbito material sobre el que la CNU permite operar al CS, igual que debe tratar sobre asuntos en los que los Estados pueden regular en función de los mecanismos convencionales y consuetudinarios de producción normativa internacional. Asimismo, la propuesta debe versar sobre un asunto transnacional y constituir una mejor y más eficiente aproximación al propósito común de solucionar el problema que aquella que pudiera lograrse mediante los procesos tradicionales de producción normativa protagonizados por los Estados.

⁵⁹⁶ Marco Alberto Velásquez-Ruíz, *Op. Cit.*, p. 47.

⁵⁹⁷ Bart Smit Duijzentkunst, *Op. Cit.*, p. 204.

⁵⁹⁸ Eric Rosand, *Op. Cit.*, p. 579.

⁵⁹⁹ Nicholas Tsagourias, *Op. Cit.*, pp.

Finalmente, Tsagourias subraya la necesidad de que el acto legislativo sea proporcional al fin deseado. De tal suerte, se entiende que la circunscripción de la actividad legislativa del CS al principio de subsidiariedad pudiera resultar en un remedio efectivo para las preocupaciones existentes en torno a lo que en algunos círculos ha sido considerado como una usurpación del rol de creadores normativos por excelencia que tradicionalmente han ocupado los Estados.

Asimismo, la propuesta de Tsagourias resulta compatible con la idea de que el proceso tendiente a la adopción de resoluciones legislativas por parte del CS debe de garantizar la participación de la totalidad de los EMNU a través de un proceso tan abierto y transparente como sea posible debido a que dichas resoluciones, deben de reflejar la voluntad general de la comunidad internacional⁶⁰⁰. Con dicho fin en mente, Eric Rosand⁶⁰¹ sugiere que idealmente, las resoluciones legislativas deben de ser adoptadas por consenso y, además, con posterioridad a la celebración de consultas con el mayor número de Estados no Miembros del CS como sea posible. Asimismo, considera primordial el establecimiento de sub-organismos que, de forma cooperativa, contribuyan a la implementación de la legislación emitida. De igual manera, sugiere que el CS debe de conceder una amplia discrecionalidad a los Estados para que implementen sus decisiones de forma consistente con sus propios sistemas jurídicos. De esta forma, considera que las medidas en cuestión pueden ser vistas por los Estados como metas o estándares, y no como rígidos requerimientos legislativos.

Por su parte, Axel Marschik⁶⁰² considera que puede darse una protección adecuada al principio consensual como base normativa internacional sin necesidad de realizar cambios sustanciales en las normas actuales, sino a través de cambios procedimentales. Sugiere, que, aunque a primera vista la reconciliación del principio consensual con el sistema obligatorio previsto en el Capítulo VII de la CNU parece imposible, con un poco de imaginación, pueden diseñarse mecanismos que protejan los derechos soberanos de los Estados sin menospreciar la autoridad del CS. En esta línea, plantea el desarrollo de un procedimiento a través del cual los Estados puedan solicitar exenciones, totales o parciales, del cumplimiento de la totalidad o partes de alguna resolución siempre y cuando establezcan el contenido y alcance de su solicitud. Mediante un procedimiento como el que se describe, la naturaleza vinculante de las

⁶⁰⁰ Bart Smit Duijzentkunst, *Op. Cit.*, p. 205.

⁶⁰¹ Eric Rosand, *Op. Cit.*, pp. 581.

⁶⁰² Axel Marschik, *Op. Cit.*, p. 26.

resoluciones del CS se vería inafectada, al tiempo que se introduciría un elemento por medio del cual, de cierta forma, se permitiría a los Estados manifestar su consentimiento.

Con igual importancia, se considera a la idea de que, al emitir resoluciones legislativas, el CS debe prestar la debida atención a la preservación de la integridad de los mecanismos internacionales de producción normativa, puesto que debe de considerar que el sistema actual no puede ser anulado, en cuanto a que este ya contiene mecanismos y procedimientos pre-establecidos, que han sido diseñados para llenar los vacíos o generar la evolución del Derecho Internacional. Asimismo, debe prestarse especial atención a la estructura de las obligaciones internacionales y tomar en cuenta que la existencia de las normas de *jus cogens* representa una limitante de carácter constitucional a las acciones del CS. En mi opinión, la percepción de un CS preocupado con el respeto al Derecho Internacional, así como consciente de la necesidad de involucrar a los Estados en la evolución del mismo que a través de la emisión de las resoluciones legislativas está protagonizando, pudiera ser un importante factor mitigante para aquellos Estados intranquilos con la adquisición de obligaciones internacionales por esta vía⁶⁰³.

Para Eric Rosand⁶⁰⁴, el CS debe de ser sensible a las preocupaciones de la comunidad de la ONU en el sentido de que, al emitir legislación global, este puede estar excediendo su mandato de acuerdo a lo prescrito en la CNU. Para aliviar dichas preocupaciones, el CS debe de ser claro en la emisión de sus resoluciones legislativas y establecer, que, ante un incumplimiento de las mismas, se requeriría de otra resolución para que este pudiera llevar a cabo acciones ejecutivas. Para Rosand, el hecho de que el CS haya incluido dicha previsión en la resolución 1540 (2004), habiéndola omitido con respecto a la resolución 1373 (2001), resulta indicativo de que ha tomado ya en cuenta las inquietudes de los Estados con respecto a este tema. Por su parte, Duijzenkunst⁶⁰⁵ concuerda con la propuesta de Rosand, y advierte que resulta impensable considerar el que resoluciones generales y abstractas tales como la 1373 (2001) y la 1540 (2004), pudieran ser una justificación sólida para la aplicación de medidas en forma de sanciones, contramedidas individuales o el uso de la fuerza.

⁶⁰³ Marco Alberto Velásquez-Ruiz, *Op. Cit.*, p. 47.

⁶⁰⁴ Eric Rosand, *Op. Cit.*, pp. 586-587.

⁶⁰⁵ Bart Smit Duijzenkunst, *Op. Cit.*, p. 205.

Como puede apreciarse, las propuestas reseñadas han sido formuladas pensando en aliviar los malestares generados por la incursión del CS en terrenos que tradicionalmente se consideraban como exclusivos de los Estados. Aparentemente, tanto los entusiastas como los críticos del uso de poderes legislativos por parte del CS concuerdan en que este debe tomar en cuenta –como hasta cierto punto lo ha hecho– las preocupaciones que en este sentido han manifestado los Estados. Incluso, Eric Rosand⁶⁰⁶, uno de los más firmes defensores de las competencias legislativas del CS, considera que, al hacer uso de tales poderes, este debe de resaltar la naturaleza urgente de sus decisiones, así como el hecho de que la problemática a la cual se dirigen podría ser mejor abordada por medio de la negociación de un tratado multilateral, es decir, a través de procedimientos tradicionales de producción normativa. Incluso, propone la instauración de mecanismos de revisión supervisados por el CS en conjunción con la AGNU, a través de los cuales no solo se promovieran negociaciones de instrumentos multilaterales, sino que, además, se procurara que ninguno de los Miembros Permanentes utilizara su poder de veto para prevenir la terminación de las medidas legislativas. De acuerdo con Rosand, la conclusión de acuerdos multilaterales sobre los asuntos objeto de la legislación del CS colocaría a este bajo una enorme presión para terminar con las medidas legislativas.

Por su parte, Axel Marschik⁶⁰⁷ se muestra poco convencido ante la idea que, para legislar, el CS tenga que hacerlo en función de rellenar un vacío legal. Explica, que siendo que tales derechos no requieren de una protección especial ni son jerárquicamente superiores, si se aceptasen los poderes legislativos del CS, no existe razón alguna por la cual las normas creadas por este no pudieran reemplazar a las normas de Derecho Internacional General existentes en virtud de ser *lex specialis*, *lex posterioris*, o bien con base a la aplicación del artículo 103 de la CNU. Añade, que tanto la resolución 1373 (2001) como la 1540 (2004), crearon normas independientemente de la existencia de tratados que regulaban los mismos asuntos. Por tanto, ninguna de las dos resoluciones fue concebida bajo la premisa de que su creación obedecía a la necesidad de llenar una laguna. Incluso, el citado autor considera que aunque pudiera pensarse que el uso de lenguaje proveniente del CIRFT, así como el hecho de que al momento en que se adoptó la resolución 1373 (2001) dicho instrumento aún no había entrado en vigor, pudieran considerarse como factores que confirman la idea de que al

⁶⁰⁶ Eric Rosand, *Op. Cit.*, pp. 585-586.

⁶⁰⁷ Axel Marschik, *Op. Cit.*, p. 22.

legislar, el CS lo hace para atender emergencias propiciadas por la falta de regulación en ciertas áreas claves en materia de seguridad internacional, lo cierto es que, aun y cuando la referida convención adquirió vigencia en el año 2002, la resolución 1373 (2001) continúa vigente hasta nuestros días. Asimismo, señala que, aunque la resolución 1540 (2004) hacía referencia a la validez de los tratados existentes en materia de no proliferación e introducía el elemento de los actores no estatales, esta, al igual que su predecesora, también contenía previsiones de tratados que al momento de su adopción se encontraban en vigentes.

De tal suerte, se considera que en la medida en que el CS continúe emitiendo resoluciones que contengan medidas legislativas, tendrá que prestar debida consideración a las inquietudes de los EMNU de modo que sus decisiones no pierdan legitimidad y, por tanto, efectividad. Ciertamente, es posible notar cierto grado de receptividad por parte del CS en tanto a que como se ha reseñado, ha realizado cambios sustanciales no solo en los procedimientos de adopción de algunas de las resoluciones legislativas, sino también referentes a su implementación. No obstante, queda por poner en práctica lo que se considera sería la reforma más importante en relación con aquellas resoluciones que, ya sea de manera directa como es el caso de la 1267 (1999) o bien a través de su implementación como sucede con 1373 (2001), terminan afectando los DDHH de sus destinatarios. De tal manera, parece que la instauración de un mecanismo de revisión independiente de naturaleza jurisdiccional, haría mucho por aliviar las preocupaciones suscitadas en cuanto a aplicaciones excesivas o erróneas de las medidas antiterroristas del Órgano, así como aquellas tocantes a su falta de compatibilidad con los estándares internacionales actuales en materia de protección a los DDHH.

De tal suerte, se advierte sobre la necesidad de limitar substantivamente al CS en función de que la aplicación del régimen de sanciones 1267 evidencia su capacidad limitada para asegurar un respeto adecuado a los DDHH de los individuos, así como para garantizarles un trato adecuado. En este sentido, la tendencia de dirigir sanciones directamente a personas y entidades, así como la falta de mecanismos adecuados de revisión, exige caución. No debe olvidarse, que la emisión de la resolución 2178 (2014) implica nuevas dimensiones a través de las cuales, incorrectamente aplicadas, las sanciones impuestas por el CS conllevan el riesgo de afectar los DDHH de los sancionados. Así las cosas, en vista de las críticas por parte de los Estados, así como de OI y ONG que el CS ha tenido que sobrellevar, sería aconsejable el entendimiento de

que sus poderes legislativos no incluyen el derecho a crear normas de derecho privado, especialmente de derecho interpersonal, que puedan afectar directamente los derechos de los nacionales de los EMNU⁶⁰⁸.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, pp. 25-26.

III. Tercera Parte. El Control Indirecto de las Resoluciones Legislativas del Consejo de Seguridad por parte de la Comunidad Global de Tribunales

Independientemente de la naturaleza de los actos que han dado origen a las diversas resoluciones que componen la estructura antiterrorista del CS, lo cierto es que dichos instrumentos representan un distanciamiento de la práctica tradicional de Consejo y ejemplifican la actual tendencia del Derecho Internacional por regular a actores no estatales, al tiempo que evidencian la erosión de la distinción entre los planos normativos público y privado. Asimismo, el régimen antiterrorista del CS forma parte de un debate más amplio sobre su rol en la evolución de los procesos de producción normativa del Derecho Internacional, mismo que se centra en la habilidad del Órgano para actuar como legislador global y que se ejemplifica por medio de las nuevas acciones que ha emprendido en este rubro. Tales acciones, lo hacen ver más como un legislador de la comunidad internacional, que como un órgano ejecutivo garante de la paz y seguridad internacionales⁶⁰⁹.

De tal manera, nos encontramos ante un proceso de reacomodo de las estructuras normativas del Derecho Internacional, que obedece a la incipiente jerarquización de dicho sistema en función de un sistema universal de valores. Bajo dicha óptica, es posible justificar la expansión competencial del CS evidenciada por su transformación de garante de la paz internacional entendida en sentido negativo, a legislador internacional en áreas especialmente sensibles como el combate al terrorismo, en relación a las cuales, los Estados han aceptado, o, por lo menos tolerado, una importante desviación en la práctica del Órgano en aras de procurar la seguridad internacional, misma que, adecuada a un concepto de mantenimiento de la paz positivo, se percibe como uno de los bienes públicos globales de mayor importancia. En cualquier caso, el CS ha cesado de ser un Órgano exclusivamente reactivo para convertirse en una entidad que realiza funciones preventivas con efectos a largo plazo.

Dentro del proceso evolutivo descrito, es posible advertir otra vertiente que se desarrolla de forma paralela, incluso, complementaria, al ejercicio de competencias legislativas por parte del CS. En este sentido, se observa que el ascenso de la cultura internacional de los DDHH, así como la integración regional acaecida en Europa, han

⁶⁰⁹ Andrew Hudson, *Op. Cit.*, p. 203.

posibilitado la apertura de mecanismos de revisión judicial para aquellas personas cuyos DDHH hayan sido vulnerados por aplicaciones erróneas o excesivas de las sanciones selectivas para el combate al terrorismo contenidas en las resoluciones legislativas del CS. En este escenario, algunos tribunales regionales y estatales se han visto en la necesidad de fungir como órganos revisores de los actos del CS ante la falta de foros especialmente constituidos para ocuparse de los reclamos entorno a la implementación de las sanciones selectivas para la lucha contra el terrorismo. Por consiguiente, organismos judiciales sin competencias explícitamente atribuidas para pronunciarse sobre las decisiones del CS, han tenido que ocuparse de asuntos con los que tradicionalmente, y ante la presencia de un Organismo Internacional cuyas resoluciones gozan de una fuerte presunción de legalidad, misma que para efectos prácticos les concede una inmunidad *de facto*, no se hubiesen involucrado.

En la medida en que la implementación de los regímenes del CS para la lucha global contra el terrorismo ha ido adquiriendo un mayor grado de institucionalización, en especial, con respecto a aquellos establecidos en virtud de las resoluciones 1373 (2001) y 1267 (1999), han ido emergiendo diversas consideraciones relativas a la protección y el respeto a los DDHH derivadas, directa o indirectamente, de la aplicación concreta de las sanciones selectivas del CS. Ya en el año 2008, con relación a la implementación de la resolución 1373 (2001), el CCT señalaba que pese a que el CS había enfatizado reiteradamente que en el cumplimiento de las previsiones contenidas en dicha resolución, los Estados deberían de asegurarse de que al implementar cualquier medida en el ámbito del combate al terrorismo, sus acciones estuvieran en concordancia con sus obligaciones internacionales -particularmente aquellas relativas a los DDHH y al Derecho Internacional Humanitario-, todavía, los mecanismos de protección a los DDHH de la ONU, continuaban expresando preocupaciones con respecto a las medidas adoptadas por los Estados en cuanto a que aparentemente algunas de estas resultaban violatorias de sus obligaciones internacionales⁶¹⁰.

De acuerdo con el CCT, este tipo de medidas han sido identificadas en todas las regiones del mundo. Asimismo, el Comité ha expresado que las preocupaciones en materia de DDHH dimanadas de su implementación recaen en diversas categorías. Entre estas, identifica problemas relativos a la obligación contenida en la resolución 1373

⁶¹⁰ Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, Reporte del Comité contra el Terrorismo S/2008/379 de 10 de junio de 2008, p. 34.

(2001) concerniente a la tipificación en el ámbito doméstico de los actos terroristas como delitos graves. Dichas complicaciones, se han suscitado a raíz de las amplias definiciones de lo que constituye un acto terrorista o un grupo terrorista adoptadas por algunos Estados, en cuanto a que son susceptibles de infringir el principio de legalidad y, además, pueden ser utilizadas para suprimir las libertades de expresión y asociación de manera tal que originen violaciones a las obligaciones internacionales de los Estados en materia de DDHH⁶¹¹. Recientemente, el CCT⁶¹² advirtió, que luego de más de 14 años de la aprobación de la resolución 1373 (2001), un aspecto fundamental que sigue produciendo gran preocupación es la definición de los actos terroristas. Añadió, que las leyes nacionales de varios Estados que tipifican como delito tales acciones, lo hacen de una manera imprecisa o general que pudiera dar lugar a abusos⁶¹³.

De la misma forma, se han detectado inquietudes vinculadas a la obligación de asegurar que cualquier persona que participe en el financiamiento, planeación, preparación o ejecución de cualquier acto terrorista sea llevada ante la justicia. En este rubro, se han identificado problemas tocantes a la administración de justicia en diversos Estados. Tales dificultades, incluyen indiferencia para la presunción de inocencia, detenciones que implican la incomunicación de los incoados, tortura, denegación del derecho de acceso a la justicia y los derechos concernientes al debido proceso, detenciones extendidas o indefinidas sin que medie proceso judicial alguno, así como el uso de fuerza excesiva por parte de las corporaciones policiales⁶¹⁴. Asimismo, el CCT ha indicado que la preocupación por el acatamiento de normas internacionales relativas al debido proceso y el trato justo se ha mantenido vigente en aquellos ámbitos en que se aplican medidas antiterroristas de manera preventiva. Recientemente, ha expresado

⁶¹¹ *Ibid.*

⁶¹² Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, Reporte del Comité contra el Terrorismo S/2016/49 de 20 de enero de 2016, p. 142.

⁶¹³ Cabe señalar, que, aunque adoptada en torno a cierta controversia, en el año 2011 el Tribunal Especial para el Líbano emitió una sentencia interlocutoria por medio de la cual, definió los elementos que conforman el crimen internacional de terrorismo en tiempos de paz, afirmando que tal definición había ido emergiendo gradualmente por medio de la costumbre internacional. De tal manera, sobre la base de tratados internacionales, resoluciones de la ONU, así como de la práctica judicial y legislativa de los Estados, identificó los siguientes elementos de dicho crimen internacional: 1) la comisión de un acto criminal o la amenaza de cometerlo; 2) la intención de propagar el miedo entre la población o la coerción directa o indirecta de una autoridad nacional para que tome o se abstenga de tomar determinada acción; 3) el involucramiento de un elemento transnacional. Para un análisis sobre dicha definición, así como sobre las condiciones en las que fue adoptada véase: Elies Van Slieght & Larissa Van Den Herik, "Introduction: the SLT Interlocutory Decision on the Definition of Terrorism- Judicial Ingenuity or Radicalism?", *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, n° 3, 2011, pp. 651-654.

⁶¹⁴ Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, Reporte del Comité contra el Terrorismo S/2008/379 de 10 de junio de 2008, *Op. Cit.*, p. 34.

consternación por otras áreas que pueden ser afectadas por violaciones a los DDHH en el contexto de la implementación de la resolución 1373 (2001). En este escenario, el Órgano ha manifestado inquietudes en el sentido de que una regulación excesiva de las actividades realizadas por organizaciones sin fines de lucro -que en algunas ocasiones han sido utilizadas para financiar actividades terroristas- pudiera tener un efecto negativo en los DDHH, incluidos los derechos de libertad de asociación y de conciencia⁶¹⁵.

Mientras que algunas de las complicaciones respecto a la protección de los DDHH derivadas de la implementación de la resolución 1373 (2001) se han ido manifestando con el pasar del tiempo, otras tantas permanecen latentes desde el momento de su emisión. No obstante, a través de diversas resoluciones en el ámbito de la lucha contra el terrorismo, la mayoría de las cuales entrelazan lo que puede calificarse como los tres pilares de la estrategia del CS contra el terrorismo mundial -es decir, los regímenes derivados de las resoluciones 1267 (1999), 1373 (2001) y 1540 (2004)-, este, ha procurado precisar los aspectos claves relativos a la implementación de sus disposiciones que pudieran acarrear problemas jurídicos tanto para los Estados encargados de garantizar su aplicación, como para los individuos a los que finalmente se aplicarán las sanciones. Con todo, el alto grado de conocimientos técnicos que requiere la implementación de algunas de las medidas decididas por el CS, así como la complejidad que implica el hacerlas efectivas, ha tenido como consecuencia el que algunos Estados se vean rebasados en el área concerniente a la protección de los DDHH al momento de cumplir con sus obligaciones originadas en las resoluciones del CS.

Así las cosas, es posible advertir que una mayor especificación en las prescripciones antiterroristas del CS no necesariamente se encuentra exenta de problemas relacionados con los DDHH. Tal es el caso de la resolución 2178 (2014), instrumento que tal y como señala el CCT, establece un vínculo explícito entre el cumplimiento de sus disposiciones y la aplicación de la resolución 1373 (2001). En este contexto, el CCT señala que como consecuencia de las medidas adoptadas para evitar que los combatientes terroristas extranjeros cometan actos de terrorismo, algunos Estados, están considerando la posibilidad de incorporar nuevas medidas preventivas a sus legislaciones nacionales a través de las cuales puedan tomar acciones como la

⁶¹⁵ Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, Reporte del Comité contra el Terrorismo S/2016/49 de 20 de enero de 2016, *Op. Cit.*, pp. 142-143.

revocación de documentos de viaje, o la emisión de órdenes de control mediante las cuales puedan restringir la libertad de circulación y otras actividades sociales. En relación con este tema, en 2016, el CCT aclaró que las medidas especiales de lucha contra el terrorismo no deben aplicarse de manera que se constituya discriminación contraria a derecho y, advirtió, que quienes hayan sido víctimas de una aplicación indebida de esas medidas deberían tener derecho a exigir reparaciones⁶¹⁶.

De tal manera, se observa que la incursión del CS en los procesos internacionales de producción normativa a través de la emisión de resoluciones legislativas ha revitalizado el interés sobre cuestiones concernientes a la protección de los DDHH en el ámbito de la seguridad internacional. En este sentido, puede afirmarse que pese a los esfuerzos del Órgano por emitir directrices que ayuden a mitigar dicha situación, todavía, los reportes sobre la implementación de la resolución 1373 (2001) revelan patrones disímiles en donde la mayoría de los Estados adolecen de serias deficiencias en materia de DDHH al intentar consolidar sus respectivas estructuras de combate al terrorismo. Con esto en mente, la DECCT publicó la Guía Técnica sobre la Aplicación de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad⁶¹⁷, documento a través del cual, además de tratar diversos temas relativos a las capacidades que deben de tener los Estados para implementar la resolución que nos ocupan, señaló que, como parte de su mandato, el CS le ha solicitado que asesore al CCT en cuestiones relacionadas con las normas internacionales de DDHH, el derecho de los refugiados y el derecho humanitario. De tal forma, el CCT debe prestar asistencia para que en la determinación y aplicación de las medidas relativas a implementar la resolución 1373 (2001), los Estados garanticen el respeto por las normas internacionales que protegen los derechos fundamentales de los individuos. No obstante, en la citada guía, la DECCT advirtió algunas dificultades que ciertamente complican la cumplimentación de dicho objetivo. Entre tales inconvenientes, se menciona el que las obligaciones de DDHH contraídas por los Estados de todo el mundo no siempre son idénticas, que algunos Estados no se han adherido a ciertos instrumentos universales de DDHH, que, aunque muchos de ellos son partes en diversos instrumentos regionales de DDHH difieren entre sí en algunos aspectos y, además, que también poseen distintas interpretaciones respecto de la incorporación de las normas internacionales de DDHH en el derecho interno.

⁶¹⁶ *Ibid.*, pp. 142-143.

⁶¹⁷ Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo, “Guía Técnica sobre la Aplicación de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad”, 2009, p. 7.

En el documento aludido⁶¹⁸, la DECCT también se ocupó de señalar que los DDHH son inherentes a todos los seres humanos, que poseen carácter universal, que están interrelacionados y que son interdependientes e indivisibles. En el mismo sentido, afirmó que algunos de ellos gozan de protección universal en virtud del derecho consuetudinario internacional, particularmente, aquellos principios enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDDHH). Finalmente, advirtió que ciertos principios, tales como la prohibición absoluta de la tortura, han pasado a ser *jus cogens*, por lo que no pueden ser derogados por ningún Estado. Sin embargo, la implementación de la resolución 1373 (2001) ha ido aparejada de importantes deficiencias en materia de DDHH. A las ya mencionadas, es posible añadir una cuestión que lamentablemente ha persistido en el marco de aplicación de la referida resolución, específicamente, el que algunos Estados carecen de procedimientos efectivos que permitan a los individuos afectados por aplicaciones excesivas o erróneas de las medidas derivadas de dicho instrumento desafiar su aplicación ante instituciones independientes⁶¹⁹. Sobre este asunto, la DECCT ha señalado que los Estados deben de aplicar sus mejores prácticas en materia de garantías procesales. De igual manera, tomando como referencia el artículo 17 del CIRFT⁶²⁰ ha afirmado que toda persona detenida o a la que se le apliquen medidas en el ámbito de la lucha contra el terrorismo, deberá gozar de un trato equitativo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y con las disposiciones pertinentes del Derecho Internacional, incluido aquel en materia de DDHH. Asimismo, ha destacado que, dependiendo de las obligaciones internacionales del Estado, entre las normas aplicables podrían incluirse las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como las de la DUDDHH⁶²¹.

Como se ha referido, el antes Relator Especial para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo,

⁶¹⁸ *Ibid.*

⁶¹⁹ Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad por parte de los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo S/2009/620 de 3 de diciembre de 2009, p. 48.

⁶²⁰ El artículo 17 del CIRFT establece: Toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo al presente Convenio gozará de un trato equitativo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y con las disposiciones pertinentes del derecho internacional, incluido el derecho internacional en materia de derechos humanos.

⁶²¹ Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo, “Guía Técnica sobre la Aplicación de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad”, *Op. Cit.*, p. 11.

Martin Scheinin, expresó preocupación ante la AGNU debido al carácter ultra vires de las resoluciones 1267 (1999) y 1373 (2001), en cuanto a que representa riesgos para la protección a los DDHH y el Imperio de la Ley. En aquella ocasión, externó su opinión con respecto a que ambos regímenes deberían de ser reemplazados por una nueva resolución que no fuese adoptada bajo el Capítulo VII y, que, además, sirviera no para conformar listas que incluyesen a presuntos terroristas, sino simplemente para sistematizar las medidas antiterroristas de los Estados bajo un mismo marco normativo. Sin embargo, sin que esto implicara su aceptación con los regímenes referidos, Scheinin reconoció que las consecuencias adversas de que las resoluciones en comento fuesen adoptadas fuera del ámbito competencial del CS podían ser mitigadas por el mejoramiento de los procesos de supresión de la Lista Consolidada, incluyendo la creación de la Oficina del Ombudman -que para entonces ya había sido decidida, más no conformada, en virtud de la resolución 1904 (2009) del CS-, o bien a través de la revisión judicial de las sanciones impuestas por el CS ejercida por los tribunales domésticos⁶²².

A casi seis años desde que Martin Scheinin compareció ante la AGNU, las medidas no solo persisten, sino que las resoluciones que engrosan el Régimen 1267 han aumentado no solo en número de instrumentos, sino también en relación con la cantidad de organizaciones terroristas a las que pretenden combatir. De tal manera, el CS ha decidido expandir el alcance del Régimen 1267 de forma que la Lista Consolidada pueda emplearse con respecto a otros grupos terroristas. En junio de 2014, se decidió que en esta podrían figurar los nombres de aquellos individuos y entidades asociados con el EIIL⁶²³. En abril de 2010, en virtud de lo dispuesto por la resolución 1844 (2008), Al-Shabaab figuró por primera vez en la Lista⁶²⁴. Finalmente, el Comité de Sanciones añadió a los individuos y entidades asociadas con Boko Haram como personas susceptibles de figurar en la Lista Consolidada. No sobra recordar, que inicialmente los miembros del EIIL fueron incluidos en la Lista como personas y entidades asociadas con Al-Qaida y no fue sino hasta el 2015 que el primero fue reconocido como una organización terrorista distinta⁶²⁵. Tal decisión, tuvo como corolario que el “Comité de

⁶²² Martin Scheinin, *Op. Cit.*, pp. 2-4.

⁶²³ Véase: Resolución 2161 (2014) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 17 de junio de 2014.

⁶²⁴ Véase: Resolución 1844 (2008) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 20 de noviembre de 2008.

⁶²⁵ Véase: Resolución 2253 (2015) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 18 de diciembre de 2015.

Sanciones contra Al-Qaida 1267/1989” fuese renombrado como el “Comité de Sanciones contra el EIIL (Daesh) y Al-Qaida 1267/1989/2253” y la Lista de Sanciones contra Al-Qaida pasara a ser la “Lista de Sanciones contra el EIIL (Daesh) y Al-Qaida”⁶²⁶.

Del mismo modo, ambos regímenes han sido detallados a través de los informes, directrices y recomendaciones presentados por los respectivos comités encargados de su supervisión. De tal suerte, resulta lógico considerar que efectivamente ha habido esfuerzos por parte del CS, así como de los organismos subsidiarios creados para supervisar la implementación de su estrategia contra el terrorismo, por *mitigar* las consecuencias adversas a las que se refería Scheinin, derivadas tanto del precario origen de los regímenes referidos, como de sus insuficiencias iniciales en materia de DDHH. Desde una óptica constitucionalista, pudiera sugerirse que la conjugación de diversos factores, mismos que serán objeto de análisis en el presente capítulo, ha propiciado la autorregulación del CS en un esfuerzo por aminorar las deficiencias iniciales de su estrategia para el combate al terrorismo internacional. En este contexto, resulta interesante cuestionarse sobre el grado de éxito que ha tenido el Órgano en la reconfiguración de sus procesos antiterroristas con miras a determinar si efectivamente, las carencias originales se han subsanado, o bien, como sugería Scheinin, habría que reemplazar el esquema actual.

Para tales efectos, habrá que concentrar esfuerzos en el análisis de la jurisprudencia emitida por los diversos tribunales locales y regionales, principalmente en relación con la aplicación de las sanciones selectivas provenientes de la resolución 1267 (1999) y subsecuentes. Aunque como se ha relatado, las dificultades asociadas con el respeto y la protección de los DDHH no han sido ajenas a la implementación de las medidas contenidas en la resolución 1373 (2001), el Régimen 1267 presenta ciertas particularidades que aparentemente devengan en una mayor fricción entre el objetivo de preservar la paz y seguridad internacionales, por un lado, y el de promover y hacer respetar los DDHH por el otro. En específico, se juzga que un factor determinante para que la aplicación de las medidas prescritas en el contorno del régimen 1267 haya derivado en la ventilación de un mayor número de asuntos ante instancias domésticas e internacionales, es precisamente el uso de sanciones selectivas por parte del CS.

⁶²⁶ Por razones de estilo, se continuará haciendo referencia a dicho Comité como el “Comité 1267”, o bien indistintamente como el “Comité de Sanciones”. Del mismo modo, se continuará aludiendo a la Lista como “la Lista Consolidada”.

Dicha ocurrencia, puede explicarse tomando en cuenta un par de circunstancias. Primeramente, la implementación de las medidas contenidas en la resolución 1373 (2001) consiste mayoritariamente en la realización de modificaciones legislativas internas con el fin de fortalecer los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados en materia de combate al terrorismo. De tal forma, aunque ciertamente la ejecución de las medidas resulta crucial para la cumplimentación de los objetivos a los que obedecen, los informes sobre la implementación de la referida resolución no solo revelan grados de avances disímiles, sino que, además, reflejan incertidumbre en cuanto a la real efectividad de los cambios legislativos una vez que estos han sido realizados⁶²⁷. En segundo término, es preciso tomar en cuenta que, al momento de ejecutar dichas medidas, estas han sido completamente asimiladas al orden interno de cada Estado, por lo que su realización efectiva puede estar condicionada a una serie de factores de naturaleza doméstica, o bien, estar adaptada de forma tal que no impacte, por lo menos de forma considerable, el respeto por los DDHH⁶²⁸. Por otro lado, aunque la aplicación de las sanciones dirigidas en virtud del régimen 1267 requiere asimismo de un acto de transposición por medio del cual puedan ser ejecutadas, su carácter inmediato, obtenido de la obligación que constriñe a los Estados a congelar los activos o restringir la movilidad de los individuos cuyos nombres han sido incluidos en la Lista Consolidada, deja a los EMNU con un margen de maniobra mucho más estrecho para operar. Sin oportunidad de cuestionar las decisiones del CS, algunos Estados se han visto en la necesidad de actuar como su brazo ejecutor con respecto a designaciones en la Lista Consolidada que pudieron haber sido realizadas apresurada o erróneamente.

Ante la ausencia de vías institucionales a nivel ONU específicamente diseñadas para atender las reclamaciones de aquellas entidades o individuos afectados por la aplicación de sanciones dirigidas provenientes del Régimen 1267, aquellos perjudicados han tenido que buscar otros cauces por medio de los cuales procuran remediar su situación. Ya en febrero de 2005, a través de su segundo informe rendido al CS, el Equipo de Monitoreo

⁶²⁷ Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, Reporte del Comité contra el Terrorismo S/2008/379 de 10 de junio de 2008, *Op. Cit.*, pp. 29-30; Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad por parte de los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo S/2009/620 de 3 de diciembre de 2009, *Op. Cit.*, p. 43; Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad por parte de los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo S/2011/463 de 1 de septiembre de 2011, pp. 71-72; Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, Reporte del Comité contra el Terrorismo S/2016/49 de 20 de enero de 2016, *Op. Cit.*, pp. 128-129.

⁶²⁸ Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, Reporte del Comité contra el Terrorismo S/2016/49 de 20 de enero de 2016, *Op. Cit.*, pp. 137-138.

reportaba cinco demandas presentadas ante el TPI. En dichas causas, los motivos comunes aducidos fueron las violaciones a los DDHH básicos, en particular el derecho a un juicio justo y equitativo y, en un caso, la libertad de expresión; los derechos de propiedad dentro de la UE (en su momento la Comunidad Europea); los principios de subsidiariedad y proporcionalidad del derecho comunitario; los derechos a la reputación y la libertad de expresión y asociación. Tal y como reporta el Equipo de Monitoreo, en al menos cuatro de las causas se hacía referencia directa a la Lista Consolidada y se alegaba que el Consejo de la UE y la Comisión de la UE habían incurrido respectivamente en abuso de poder al aprobar los reglamentos por los que se aplicaban las sanciones financieras del CS contra personas y entidades que figuraban en la lista. En estas causas, se afirmaba que tanto el Consejo como la Comisión carecían de autoridad para decidir por los Estados Miembros el modo de aplicar las sanciones de las Naciones Unidas⁶²⁹.

De la misma forma, el Equipo de Monitoreo reportó el inicio de una causa en Italia, otra en Pakistán, dos en Turquía, y cuatro en los EEUU, todas ellas relacionadas con inclusiones injustificadas en las listas del CS -o bien en las listas internas por medio de las cuales se ejecutaban las sanciones sobre las personas incluidas en las listas internacionales- y presuntas violaciones a DDHH. Tan solo dos años después, en marzo de 2007, el Equipo de Monitoreo informó que el número de litigios relacionados con personas y entidades incluidas en la lista 1267 había aumentado en todo el mundo⁶³⁰. En aquel momento, el Equipo tenía conocimiento de la promoción de 25 impugnaciones presentadas a nombre de personas y entidades incluidas en la lista, relativas a las sanciones o a su administración. Dicha cifra, se conforma por la presentación de 9 impugnaciones ante el TPI, 7 en el Reino Unido, 2 en Pakistán, 2 en Turquía y 1 en Bélgica e Italia respectivamente. Cabe mencionar, que, dentro del total de causas reportado, el Equipo de Monitoreo no consideró aquellas acciones conexas relativas a personas incluidas en la lista, como, por ejemplo, decisiones relativas a investigaciones penales o acciones de decomiso, o acciones para obtener indemnización por

⁶²⁹ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Segundo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones establecido en virtud de la resolución 1526 (2004) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2005/83, 15 de febrero de 2005, pp. 56-57.

⁶³⁰ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Sexto Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones establecido en virtud de la resolución 1526 (2004) y 1617 (2005) del Consejo de Seguridad relativas a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2007/132, 8 de marzo de 2007, p. 15.

investigaciones fiscales. De tal manera, se observa que para el año 2007, se habían ventilado también asuntos relacionados con las sanciones antiterroristas del CS en Estados como Suiza y los Países Bajos⁶³¹.

Poco tiempo después, en mayo de 2008, el Equipo de Monitoreo declaraba que, desde un punto de vista jurídico, las sanciones habían llegado a una etapa decisiva. Dicha afirmación, se relacionaba con la presentación de dos apelaciones ante el Tribunal de Justicia (TJUE), cuya resolución previa ante el TPI había generado gran atención⁶³². Los asuntos en cuestión, conocidos como *Kadi* (Kadi 2005)⁶³³ y *Yusuf*⁶³⁴, resultan fundamentales para explicar el proceso de constitucionalización en el que se encuentran inmersos el Régimen 1267 y demás instrumentos antiterroristas del CS. Por esta razón, junto con el resto de los casos pertinentes al proceso aludido, serán analizados a detalle en esta Tercera Parte. Por ahora, la referencia resulta útil para resaltar el interés producido en las inmediaciones de la estructura para la lucha contra el terrorismo del CS, interés que, aunado al resto de los asuntos desahogados ante los diversos tribunales locales y regionales, así como a las críticas manifestadas por cierto sector de la academia y por ciertas facciones dentro del propio sistema ONU, fungiría como catalizador de las reformas realizadas al Régimen 1267 con miras a subsanar sus deficiencias iniciales en el área de protección a los DDHH.

Con todo, en diciembre de 2012, el Equipo de Vigilancia reportaba que, tras un periodo de reforma, el régimen de sanciones 1267 había alcanzado un periodo estable, aunque temporal, con respecto a los problemas de garantías procesales⁶³⁵. No obstante, en octubre de 2014, advertía que a pesar de las mejoras sustanciales del régimen de

⁶³¹ Véase: *Ibid.*, p. 42 y; Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Quinto Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones establecido en virtud de la resolución 1526 (2004) y 1617 (2005) del Consejo de Seguridad relativas a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2006/750, 20 de septiembre de 2006, pp. 52-55.

⁶³² Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones presentado en cumplimiento de la resolución 1735 (2006) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2008/324, 14 de mayo de 2008, pp. 18-19.

⁶³³ Asunto T-315/01, Kadi c. Consejo y Comisión, sentencia del 21 de septiembre de 2005; asunto C-402/05 (recurso de casación contra la sentencia del 21 de septiembre de 2005 en el asunto T-315/01) planteado por Yasin Abdullah Ezzedine Qadi (QI.Q.22.01).

⁶³⁴ Asunto T-306/01, Yusuf y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión, sentencia del 21 de septiembre de 2005; Asunto C-415/05 (recurso de casación contra la sentencia del 21 de septiembre de 2005 en el asunto T-306/01) planteado por Ali Ahmed Yusuf (incluido antes en la Lista como QI.Y.47.01) y Barakaat International Foundation (QE.B.39.01).

⁶³⁵ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Decimotercer Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones presentado en cumplimiento de la resolución 1989 (2011) relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2012/968, 31 de diciembre de 2012, p. 9.

sanciones para garantizar que los procedimientos sean justos y claros, continuaban los recursos jurídicos de personas o entidades incluidas en la lista relativa de sanciones contra Al-Qaida⁶³⁶. Para este punto en el tiempo, el TJUE había emitido ya una sentencia en relación con una acción en apelación presentada con respecto al caso *Kadi* (*Kadi 2008*)⁶³⁷, a través de la cual, no solo determinó un estándar de control estricto sobre la aplicación por parte de la UE de las decisiones del CS relativas a la inclusión en la lista, sino que, además, resaltó la necesidad de seguir aplicando controles minuciosos puesto que pese a las mejoras introducidas en el año 2008 en relación con los procedimientos de retirada de nombres de la Lista Consolidada, todavía, consideró que estas no ofrecían las garantías de una tutela judicial efectiva. De acuerdo con el TJUE, para que se cumpla con dichas garantías es necesario que la persona objeto de una sanción pueda obtener el fallo de un tribunal en el que se ordene la anulación y la eliminación retroactiva de la medida sancionadora del “ordenamiento jurídico”⁶³⁸.

La emisión de la sentencia *Kadi 2008*, representa el punto de inflexión a través del cual se normaliza la revisión indirecta de las resoluciones del CS, misma que se materializa en la posibilidad de anular los actos internos a través de los cuales se implementan las sanciones selectivas para la lucha contra el terrorismo. Desde este punto de vista, la sentencia debe considerarse como paradigmática. Sin embargo, no puede considerarse que este acontecimiento sea un logro exclusivamente atribuible al TJUE. Por el contrario, resulta imperativo dar crédito a todas las instancias locales y regionales que, a través de sus intentos tanto exitosos como fallidos por controlar la implementación de las resoluciones del CS, labraron el camino para que dicho Tribunal pudiera alcanzar la decisión referida. Del mismo modo, debe reconocerse la labor de aquellos órganos jurisdiccionales que, con posterioridad a la emisión de dicha sentencia, reafirmaron, incluso, ampliaron, los hallazgos del TJUE, cimentando las bases de lo que hoy constituye un auténtico contrapeso a las deficiencias en materia de DDHH asociadas con la aplicación de las sanciones inteligentes del CS.

⁶³⁶ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Decimosexto Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la resolución 2161 (2014), relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2014/770, 29 de octubre de 2014, p. 27.

⁶³⁷ *Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo*, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 3 de septiembre de 2008.

⁶³⁸ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “15º Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la resolución 2083 (2012), relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2014/41, 23 de enero de 2014, p. 13.

No obstante, el camino que conduce a la emisión de *Kadi 2008* puede ser descrito como oneroso y errático. En este sentido, se advierte una etapa temprana en la cual, difícilmente podía concebirse la posibilidad de que algún tribunal local o regional se diera a la tarea de controlar un acto derivado de una resolución del CS. Sin embargo, algunos de tales tribunales comenzaron a desafiar la concepción de que las resoluciones del CS se encuentran exentas de cualquier clase de escrutinio judicial. De forma conjunta, las decisiones alcanzadas en este rubro evidencian un proceso de constitucionalización del Derecho Internacional por medio del cual, los tribunales involucrados comunican a sus pares sus respectivos criterios, de manera tal que sus decisiones refuerzan mutuamente su autoridad y adquieren mayor peso ante la comunidad internacional. Dicha evolución, se juzga como constitucional en el sentido de que se realiza en torno a la implementación de valores compartidos por la comunidad internacional que, encarnados en los DDHH, constituyen el elemento cohesionador de las diversas sentencias que habiendo sido emitidas en una multiplicidad de planos jurídicos, emplean los mismos estándares de valoración.

Este, es el modelo de *revisión judicial expresiva*⁶³⁹, empleado por la CIJ en la resolución del asunto relativo al incidente de *Lockerbie*, ante su aparente imposibilidad para anular una resolución del CS. Por medio de dicho esquema, la CIJ sujetó al CS a un diálogo continuo a través de sus pronunciamientos, incluso, de las opiniones individuales de sus jueces, aún y cuando sus decisiones confirmaron los actos del Consejo, o bien negaron su propia jurisdicción. En sus inicios, la revisión judicial expresiva contó con un alcance sumamente limitado, que básicamente consistió en el envío de señales por medio de las cuales, la CIJ advertía al CS sobre la necesidad de ejercer mayor cautela al emprender acciones similares a aquellas impugnadas en *Lockerbie*, especialmente con relación a cualquier acto que en el futuro pudiera ser objeto de consideración por el principal órgano judicial de la ONU. Hasta cierto grado, el ejercicio de la revisión judicial expresiva por parte de la CIJ, tuvo el efecto de deslegitimizar las acciones del CS, en cuanto a que, pese a haber sido confirmadas por

⁶³⁹ El Modelo de Revisión Judicial Expresiva (*Review in an Expressive Mode* en inglés) fue ideado por el profesor José Álvarez para describir una función a través de la cual, la CIJ se comunica con la comunidad internacional en su conjunto y comparte su visión constitucional de la CNU. De tal manera, a través del envío de señales contenidas en sus sentencias, puede contribuir al moldeado de la visión constitucional de otros organismos de la ONU, como bien puede ser el propio CS. Véase: José E. Álvarez, "Judging the Security Council", *The American Journal of International Law*, vol. 90, n° 1, 1996, p. 31

dicho Tribunal, a partir de ese momento, fueron percibidas bajo un prisma distinto por la comunidad internacional⁶⁴⁰.

Para efectos de la presente investigación, la revisión judicial expresiva se define como un proceso por medio del cual, un conjunto de tribunales que operan simultáneamente en una multiplicidad de planos jurídicos disímiles, adopta una postura de principios común en relación a un tema determinado. Dicha postura, que estriba en una naturaleza política, es compartida por los diversos organismos judiciales involucrados, a través de una comunicación directa e informal, que se realiza por medio de los pronunciamientos que cada tribunal emite en sus respectivas sentencias. De tal manera, los tribunales involucrados en dicho proceso, establecen un diálogo efectivo que les permite ir construyendo criterios por medio de los cuales, les resulta posible avanzar su visión colectiva sobre la problemática común que han sido llamados a resolver. La revisión judicial expresiva, es un proceso inmerso en la constitucionalización del Derecho Internacional. Esto es así, porque los principios avanzados por los tribunales implicados encarnan los valores considerados como de la más alta estima por la comunidad internacional en su conjunto.

Eventualmente, el alcance de dicho modelo, inaugurado por la CIJ, sería extendido por los tribunales nacionales y regionales, que de pronto se vieron en la necesidad de resolver una serie de asuntos derivados de la implementación de las resoluciones del CS. En una etapa temprana, se observa una enorme dificultad, incluso renuencia, por parte de dichos organismos para abordar cualquier asunto de esta índole. No obstante, para este punto en el tiempo, el diálogo iniciado por la CIJ se había ampliado de forma tal que comprendía no solo a esta y al CS, sino a las instancias domésticas que súbitamente tenían que pronunciarse sobre cuestiones para las que no habían sido formal ni técnicamente equipadas. A dicho proceso, se han sumado un sinnúmero de académicos que siguen de cerca su desarrollo y que, a través de sus opiniones doctrinales, contribuyen a la solidificación de los criterios jurídicos que han permitido revisar indirectamente los actos del CS. A la vez, los organismos subsidiarios creados por el CS para asistir en la lucha contra el terrorismo, entre los cuales es posible contar al Comité 1267, al Equipo de Monitoreo, al CCT y a la DECCT, se han hecho partícipes de tal discusión. De tal suerte, a través del seguimiento que han realizado con respecto a

⁶⁴⁰ *Ibid.*, 28-30.

los desarrollos judiciales referidos, así como de sus análisis y recomendaciones en torno a los mismos, han contribuido de forma significativa a la autorregulación del CS.

En este contexto, puede considerarse que la actividad de los tribunales nacionales y regionales que se han ocupado del control de la aplicación de las sanciones selectivas del CS, evidencia el temprano ascenso de una *comunidad global de tribunales*⁶⁴¹ que implica la fuerte interacción de los órganos judiciales involucrados. De tal manera, a través del ejercicio de la modalidad de revisión judicial expresiva, dicha comunidad se ha inmerso en un debate continuo cuyo resultado final, ha sido el control efectivo de las sanciones dimanadas de las resoluciones legislativas del CS. Con todo, debe advertirse que la transformación descrita se desenvuelve dentro de un esquema que puede denominarse como *constitucionalismo internacional imperfecto*, en cuanto a que no puede esperarse que la revisión judicial emergida sea completamente asimilable a aquella que se ha desarrollado en las democracias modernas. En este sentido, la descentralización y horizontalidad características del sistema jurídico internacional, aunadas al carácter incipiente de la jerarquía que se atribuye a los DDHH, previenen el desarrollo de esquemas de revisión plenamente efectivos. Por ende, no puede registrarse el proceso descrito únicamente en función del éxito puesto que, como se verá, el grado de protección conseguido a través de las sentencias emitidas por los tribunales regionales y locales en torno a la ejecución de las resoluciones del CS, dista mucho de ser ideal debido a que su carácter eminentemente procesal, limita considerablemente el alcance de la revisión.

⁶⁴¹ El término “Comunidad Global de Tribunales” (*Global Community of Courts* en inglés) fue acuñado por Anne-Marie Slaughter para describir el advenimiento de un cambio conceptual en el que se conciben dos sistemas -el doméstico y el internacional-, a los que puede pertenecer la judicatura; por un paradigma en el cual, tanto los jueces nacionales como los internacionales, resuelven asuntos con base al Derecho Internacional, al derecho doméstico, o bien, a través de una mezcla de ambos. De acuerdo con la referida autora, la característica esencial de la comunidad global de tribunales reviste en la conciencia de pertenencia a esta que han desarrollado tanto los jueces nacionales como los internacionales. Como resultado, los jueces participantes en dicho proceso no solo se conciben a sí mismos como representantes de una política particular, sino también, como colegas realizando un esfuerzo común capaz de trascender sus respectivas fronteras nacionales. En este sentido, comparten problemas sustantivos e institucionales similares; aprenden de la experiencia y los razonamientos comunes; y cooperan directamente para resolver disputas específicas. De forma creciente, se conciben a sí mismos como capaces de acción independiente tanto en el plano internacional como en el doméstico, de manera tal que se reconocen unos a otros como participantes en una empresa judicial común. Véase: Anne Marie Slaughter, “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, vol. 4, n° 1, 2003, pp. 192-193.

7. La Necesidad de Controles de Legalidad tras la Titularización Global del Terrorismo

Las sanciones inteligentes o selectivas, constituyen el instrumento por excelencia en la estrategia del CS contra el terrorismo global. Inicialmente concebidas para paliar la afectación a los DDHH que incidentalmente pudiera ocurrir por medio de la aplicación de sanciones generales decididas por el CS, con el tiempo, han sido blanco de críticas en el sentido de que, si bien bajo otras condiciones, adolecen del mismo problema. A falta de mecanismos propiamente instituidos para su control, las sanciones selectivas se han desarrollado imperfectamente como herramientas susceptibles de afectar directamente los DDHH de las personas a las que se dirigen.

En este contexto, resulta imperativo analizar la evolución del papel que juegan las OI en relación con los DDHH, con el objeto de determinar, especialmente en relación con la ONU, si su rol en este ámbito se ha reconfigurado de manera tal que permita considerarlas no solo como meras promotoras de tales Derechos, sino como sujetos implementadores y responsables de su protección, y, por lo tanto, susceptibles de vulnerarlos. De este análisis, se espera derivar conclusiones que permitan, de forma complementaria con el análisis de las sentencias relativas a las presuntas violaciones a ciertos DDHH en las que ha incurrido el CS, comprobar que efectivamente, se está llevando a cabo un proceso de constitucionalización del Derecho Internacional, que condiciona, si bien de manera imperfecta, los desarrollos normativos objeto de nuestro estudio.

7.1 De las Sanciones Comprensivas a las Sanciones Selectivas: ¿Hacia una Mayor Protección de los Derechos Humanos?

Tras el fin de la guerra fría, el CS ha tenido la oportunidad de adoptar un mayor número de sanciones económicas. El propósito generalmente aceptado de dichas sanciones es el de modificar el comportamiento de Estados recalcitrantes y no el de imponer un castigo a estos, o bien a su población. No obstante, el uso incrementado de tales instrumentos ha traído a colación una serie de deficiencias y problemas en su utilización. Principalmente, se destaca el hecho de que pese a que la idea subyacente en el empleo de este tipo de mecanismos es que la presión ejercida sobre la población civil de determinado Estado terminará obligando a sus líderes a emprender los cambios necesarios para que se levanten las sanciones en cuestión, la experiencia, demuestra que

algunos líderes han tenido la habilidad para manipular el mensaje que supuestamente deben de comunicar las sanciones, logrando no solo dar la impresión ante sus gobernados de que estas implican un castigo e incluso venganza contra su Estado, sino además, aprovechándose de tal situación para mantenerse en el poder y continuar con la implementación de las políticas que originalmente ocasionaron las sanciones. Asimismo, sin intención, las sanciones económicas han ocasionado la emergencia de mercados negros que a menudo generan oportunidades para las elites que ostentan el poder. De igual forma, frecuentemente terminan impactando a objetivos equivocados, dejando sentir sus efectos sobre la población general, particularmente sobre sus miembros más vulnerables, en vez de sobre los actores cuyo comportamiento se espera modificar. Por consiguiente, las consecuencias negativas derivadas de la implementación de sanciones económicas, han suscitado el surgimiento de las así llamadas sanciones “inteligentes” o “selectivas”, medidas que pretenden ser una forma selectiva y dirigida de coerción económica⁶⁴².

Básicamente, las severas críticas provocadas por el régimen de sanciones económicas impuesto a Iraq -ejemplo paradigmático de cómo, aunque este tipo de medidas tengan la intención de sancionar a un gobierno inevitablemente terminan afectando a la población civil-, condujo a la comunidad internacional a cuestionarse la eficacia de tales medidas. En este contexto, la adopción de medidas restrictivas a la movilidad y el financiamiento en contra de los miembros de la UNITA impuestas por el CS entre 1997 y 1998, representó en su momento un cambio de estrategia por parte del Órgano que fue celebrado por muchos. Dichas medidas, supusieron la primera aplicación de las sanciones inteligentes, las cuales obedecían a un consenso emergente entre los Estados sobre la necesidad de adoptar respuestas más rápidas y efectivas a la amenazas presentes y futuras a la paz y seguridad internacionales, de manera tal que se maximizaran las posibilidades de lograr que un determinado Estado cumpliera con las resoluciones del CS, al tiempo que se minimizaran los efectos negativos sobre la población civil de dicho Estado. En términos generales, puede considerarse que las sanciones impuestas a los miembros de la UNITA fueron exitosas en cumplir dicho propósito. Como resultado de dicha experiencia, el CS utilizó la misma estrategia para imponer sanciones económicas a los Talibanes, Usama bin Laden, así como a los

⁶⁴² August Reinisch, “Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions”, *The American Journal of International Law*, Vol. 95, No. 4, 2001, pp. 851-852.

individuos asociados con este último. Por consiguiente, surgió el Régimen 1267, inicialmente concebido para tener un alcance relativamente modesto, limitado a la aplicación de sanciones a Afganistán y a determinados individuos figurados en la lista negra anexada a sus resoluciones iniciales. Con posterioridad, los sucesos ocurridos el 11 de septiembre de 2001, llevaron a la adopción de la resolución 1373 (2001) relativa a la prevención y castigo del financiamiento y otras actividades relacionadas con el terrorismo que, aunque no contiene adjunta una lista negra de presuntos terroristas, opera mediante la supervisión del CCT, Organismo de naturaleza y funciones similares a las del Comité 1267. Al poco tiempo, la repercusión del Régimen 1267 se vio considerablemente aumentada tras la emisión de la resolución 1390 (2002), primer instrumento de naturaleza abierta emitido por el CS, en cuanto a que no contiene un vínculo aparente a algún territorio específico. Como es sabido, se creó el Comité 1267 que después se apoyaría en otros organismos auxiliares con el fin de incluir y suprimir individuos de la lista del mismo nombre, así como de monitorear el cumplimiento del régimen por parte de los Estados⁶⁴³.

Actualmente, puede afirmarse que, en la aplicación de sanciones, la práctica del CS ha evolucionado de manera tal que las sanciones de carácter global, es decir; aquellas que no especificaban con suficiente claridad sus destinatarios, ni su duración, ni su objeto, ha caído en desuso frente a la aplicación de las sanciones inteligentes y, que, de acuerdo con un importante sector de la doctrina, así como con la propia ONU, deben de ser las únicas que se apliquen hoy día⁶⁴⁴. Justamente, a raíz de la experiencia con las sanciones comprensivas impuestas al régimen iraquí a principio de la década de los 1990s, la ONU ha incrementado el uso de sanciones selectivas tanto para mejorar la efectividad de las sanciones en general, como para reducir el impacto humanitario que estas puedan tener sobre la población civil inocente. No obstante, mientras que ciertamente el uso de sanciones selectivas representa una mejoría significativa en relación con la aplicación de sanciones económicas en cuanto a que las primeras han reducido el impacto humanitario, su empleo, ha propiciado la emergencia de nuevas problemáticas. En este sentido, el cambio de estrategia consistente en aplicar sanciones

⁶⁴³ Andrea Bianchi, "Assesing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion", *The European Journal of International Law*, vol. 17, n° 5, 2006, pp. 881-883.

⁶⁴⁴ Virginia Gallo Cobián, *et. al.*, "Las Sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y lo Derechos Humanos. Relaciones Peligrosas", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, p. 151.

a individuos y entidades en vez de a Estados, ha generado preocupaciones relativas al acceso a la justicia y otros derechos de aquellas personas que pudieran haber sido incluidas en las listas correspondientes de forma errónea⁶⁴⁵.

Adicionalmente, el cambio en el tipo de sanciones económicas aplicada por el CS ha revirado el debate sobre los límites a sus acciones, así como sobre los posibles mecanismos que pudieran utilizarse para llamar al Órgano a rendición de cuentas. Se observa, que los intentos por constreñir al CS dentro de los confines legalistas que ofrece la CNU resultan de poca utilidad práctica. Pese a que tanto los trabajos preparatorios como el texto de dicho instrumento describen a un CS cuyas funciones principales están circunscritas a la resolución pacífica de controversias y a la ejecución de la paz de acuerdo con lo dispuesto respectivamente en los Capítulos VI y VII de la CNU, todavía, el activismo demostrado por el CS durante la década de los 1990s, evidencia que este puede tomar acciones que a primera vista parecen ser inconsistentes con su mandato de acuerdo a como se encuentra establecido por la CNU. La naturaleza política que posee, aunada a la vasta discreción con la que puede ejercer sus poderes, conjuntamente con interpretaciones expansivas de la CNU fundamentadas en la doctrina de los poderes implícitos, le han permitido tomar acciones legislativas y cuasi judiciales cuyo cuestionamiento bajo una óptica legalista resulta harto complicado a nivel teórico, y prácticamente imposible a nivel práctico. No obstante, recientemente, la atención sobre los límites a los actos del CS se ha centrado en su supuesta irrupción en el ámbito de los DDHH. Este nuevo enfoque, tiene su origen en los efectos adversos acarreados por las sanciones generales impuestas por el CS durante la última década del siglo pasado, y se mantiene vigente debido a que sus resoluciones antiterroristas, así como la aplicación de sanciones inteligentes que de estas se desprenden, han sido identificadas como amenazas potenciales a los DDHH de los grupos e individuos a los que van dirigidas⁶⁴⁶.

De acuerdo con August Reinisch⁶⁴⁷, el debate tocante a la conformidad de los actos del CS con los DDHH no debe de considerarse como un incidente aislado de crítica a ciertas acciones de la ONU, sino como un aspecto importante de una discusión más

⁶⁴⁵ Thomas J. Biersteker & Sue E. Eckert, "Introduction" en *"Strengthening Targeted Sanctions through Fair and Clear Procedures"*, Informe Blanco preparado por el Watson Institute Targeted Sanctions Project de la Universidad de Brown, 2006, p. 5.

⁶⁴⁶ Andrea Bianchi, *Op. Cit.*, pp. 885-886.

⁶⁴⁷ August Reinisch, "Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions", *Op. Cit.*, pp. 852-853.

amplia y cada vez más importante sobre la rendición de cuentas de las OI. En este contexto, señala que la propio ONU ha atravesado por un proceso que ha tenido como resultado un incremento en la conciencia de la Organización, mismo que la ha llevado a asumir una actitud de autocrítica frente los efectos perniciosos que pueden llegar a tener sus sanciones. En relación con el proceso aludido, considera que es posible ubicar sus inicios en la emisión de algunas resoluciones de la AGNU que, como en el caso de aquellas relacionadas con el embargo impuesto a Cuba por los EEUU, criticaban la imposición de sanciones económicas unilaterales. Seguidamente, el régimen de sanciones aplicado a Iraq desencadenó una serie de críticas provenientes no solo de ONG y organizaciones humanitarias, sino del interior de la misma ONU. Relata, que organismos de Naciones Unidas tales como la Comisión para los Derechos Humanos y el Comité para los Derechos Económicos Sociales y Culturales, han manifestado preocupaciones sobre los efectos adversos que pueden tener las sanciones económicas multilaterales sobre los DDHH. Asimismo, apunta hacia el hecho de que en el “Suplemento de una Agenda para la Paz”⁶⁴⁸, el SG, se refirió a este tipo de medidas como un instrumento obtuso, al tiempo que demandó el diseño de mecanismos más efectivos que considerasen el impacto humanitario. Finalmente, advierte que hoy día, de forma conjunta con el tema concerniente a la posibilidad de ofrecer remedios efectivos para aquellos incorrectamente sancionados por el CS, la cuestión sobre las obligaciones en materia de DDHH y derecho humanitario, conforman el tema central al realizar valoraciones sobre los diversos regímenes de sanciones de la ONU.

En medio de la controversia, el Watson Institute for International Studies de la Universidad de Brown en los EEUU, publicó en el año 2006 un informe blanco intitulado “Fortalecimiento de las sanciones selectivas mediante la aplicación de procedimientos justos y claros”⁶⁴⁹. En aquel entonces, se habían ya presentado cinco demandas relacionadas con las sanciones selectivas ante el TJUE, así como otras tantas en tribunales domésticos de Europa y América del Norte. Hasta ese momento, ningún tribunal había invalidado las medidas nacionales que daban efecto a las decisiones de los Comités de Sanciones de la ONU. No obstante, el informe reflejaba preocupación ante lo que se consideraba no solo como un obstáculo para la aplicación efectiva de las sanciones, sino como un problema político que urgía resolver. En el documento aludido,

⁶⁴⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Suplemento de la Agenda para la Paz”, Documento ONU A/50/60, 25 de enero de 1995.

⁶⁴⁹ Thomas J. Biersteker & Sue E. Eckert, *Op. Cit.*, pp. 5-7.

se señalaba que pese a que el CS había realizado mejoras al régimen 1267 para mitigar los efectos negativos asociados con las sanciones selectivas -entre los que se mencionan las dificultades económicas que acarrearán, el impacto que tienen sobre la reputación de las personas, la ineffectividad en las notificaciones, la ausencia de justificación para incluir personas en la lista, la falta de información para remover personas de la lista, así como los efectos colaterales que pueden tener sobre los familiares de los sancionados-, todavía, existía una amplia percepción de que los procedimientos utilizados por el CS no eran justos ni transparentes. Dichos términos, comprenden tanto la justicia procesal; entendida como la aplicación imparcial de medidas, el apego al principio de proporcionalidad y el derecho a recibir una notificación adecuada, así como la oportunidad a ser escuchados y el acceso a un remedio efectivo para las partes incluidas en las listas de forma errónea.

De acuerdo con el citado informe⁶⁵⁰, las preocupaciones aludidas estuvieron presentes durante los tres procesos multilaterales que contribuyeron al desarrollo de las sanciones selectivas. De tal manera, en el marco del Proceso de Interlaken sobre Sanciones Financieras Dirigidas, celebrado en marzo de 1998 y en marzo de 1999, se trató el tema sobre el derecho de petición a ser removido de la lista; asimismo, en el proceso celebrado en Bonn-Berlín, ocurrido entre el año de 1999 y el año 2000, se trataron cuestiones relativas a exenciones sobre las restricciones de movilidad y; finalmente, durante el proceso de Estocolmo sobre la Implementación de Sanciones Selectivas, ocurrido en el año 2002, se reconoció la necesidad de respetar el derecho humanitario y los DDHH en la aplicación de sanciones. Con todo, por lo menos 50 Estados manifestaron inquietud con respecto a la falta de garantías procesales asociada con las sanciones selectivas, algunos de los cuales habían expresado renuencia a incluir más nombres en las listas de los comités sancionadores del CS, precisamente debido a tales consideraciones. Paradójicamente, pudiera considerarse que cuando a través de la emisión de su resolución 1456 (2003)⁶⁵¹, el CS mencionó por primera vez la obligación de los Estados de cerciorarse que las medidas que adoptasen para combatir el terrorismo deben de ser acordes con el Derecho Internacional, particularmente el derecho humanitario y los DDHH, este, arrojó a los Estados la carga de probar que las medidas antiterroristas se encuentran en conformidad con otras normas de Derecho Internacional. De tal manera, independientemente de que las decisiones del CS en este

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p.6.

⁶⁵¹ Resolución 1456 del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 20 de enero de 2003.

ámbito sean consistentes con los DDHH, o no, los Estados, tienen la obligación de asegurar que su implementación no viole derechos fundamentales. Evidentemente, la situación descrita genera cuestiones sobre la legalidad de las sanciones que a la vez afectan su legitimidad y merman su efectividad. Ante este escenario, no resulta sorprendente el que hayan proliferado las demandas judiciales en relación con las sanciones selectivas⁶⁵².

Así las cosas, resulta preocupante la falta de certeza jurídica al momento de determinar si finalmente son los Estados, el CS, o ambos, quienes tienen la obligación de aliviar los reclamos concernientes a la aplicación errónea de las sanciones dirigidas, sobre todo tomando en cuenta la amplia variedad de DDHH que estas son susceptibles de poder afectar. Por ejemplo, las restricciones de viajar pueden interferir con la libertad de movimiento; mientras que las sanciones financieras pueden impactar los derechos de propiedad, así como afectar los derechos relativos a la privacidad, reputación y familia de una determinada persona. Además, si las sanciones son impuestas equivocadamente, sin conceder a los afectados la posibilidad de ser oídos o de desafiar las medidas, puede que se susciten violaciones sobre el derecho de acceso a la justicia, el derecho a un juicio justo, y el derecho a un recurso judicial efectivo. De forma excepcional, las sanciones selectivas pudieran también afectar el derecho a la vida o la libertad de culto en caso de una restricción para viajar que impidiera a determinada persona trasladarse para recibir asistencia médica o bien para celebrar alguna festividad religiosa. Sobre este último punto, es preciso recordar que el CS ha instituido un régimen de excepciones, mismo que se aplica de manera rutinaria en relación con este tipo de eventualidades⁶⁵³. No obstante, como ya se ha establecido, en relación con los derechos concernientes a las garantías de debido proceso, el CS solo ha recorrido la distancia necesaria para crear la Oficina del Ombudsman, ello en 2009. Sin embargo, debido a su falta de independencia total del CS, así como a su falta de capacidad para brindar acceso a un recurso efectivo que implique la posibilidad de lograr una reparación, el grado de protección que ofrece actualmente dicha Oficina, se juzga todavía como insuficiente.

⁶⁵² Andrea Bianchi, *Op. Cit.*, p. 904.

⁶⁵³ Larissa van den Herik & Nico Schrijver, “Human Rights Concerns in Current Targeted Sanctions Regime from the perspective of International and European Law”, en “*Strengthening Targeted Sanctions through Fair and Clear Procedures*”, Informe Blanco preparado por el Watson Institute Targeted Sanctions Project de la Universidad de Brown, 2006, pp. 9-10.

Los ataques sobre suelo estadounidense perpetrados el 11 de septiembre de 2001 han suscitado un fenómeno al que se ha hecho referencia como la titularización del terrorismo. Acuñado por la profesora Jessica Almqvist⁶⁵⁴, el término alude a las principales características del proceso político que se desató como reacción a los ataques aludidos. De acuerdo con la citada autora, uno de los rasgos distintivos de dicho proceso es la promoción de una serie de ideas controversiales sobre la naturaleza cambiante del terrorismo y la consecuente necesidad de nuevas estrategias antiterroristas. Como se ha visto, la respuesta institucional del CS devengó en la emisión de la resolución 1373 (2001), así como en la expansión del Régimen 1267, ambas situaciones rodeadas de controversia principalmente por sus implicaciones con el régimen de los DDHH. De forma similar, la reacción por parte de los Estados a los ataques del 11 de septiembre tampoco puede considerarse como idónea. Algunos de ellos, respondieron mediante una regresión en materia de DDHH violando las libertades civiles de sus ciudadanos con ascendencia en el medio oriente, torturando ciudadanos iraquíes y afganos, así como amenazando a periodistas que se negaban a revelar sus fuentes en relación con asuntos que bajo otras circunstancias hubiesen atraído poca atención⁶⁵⁵.

Aunque los estándares en materia de DDHH no han cambiado a raíz del 11 de septiembre, la atmósfera política en relación con estos ha sido significativamente alterada. Dicho suceso, trajo consigo el uso masivo de recursos para el combate al terrorismo, desató un interés renovado en la docena de convenciones antiterroristas de la ONU, y generó un frenesí de legislación antiterrorista a nivel interno, a la vez que dio origen a la resolución 1373 (2001) del CS y a la creación del CCT para verificar la suficiencia de las políticas domésticas contra el terrorismo. Adoptadas aceleradamente y con un gran sentido de urgencia, las medidas referidas arrojaron serias preocupaciones en materia de DDHH. Desconcertados, algunos Estados reaccionaron con pánico ante lo que percibieron como una nueva amenaza con un alto grado de peligrosidad, dejando de lado instituciones jurídicas familiares de DDHH poniendo de manifiesto la fragilidad del régimen internacional de los DDHH, incluso en relación con las democracias liberales. Ante tales sucesos, la comunidad de los DDHH ha respondido con indignación moral. Actores como el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los

⁶⁵⁴ Jessica Almqvist, *Op. Cit.*, pp. 305.

⁶⁵⁵ Julie A. Mertus, *The United Nations and Human Rights. A guide for a New Era*, (Oxfordshire: Routledge, 2009), p. 2.

Derechos Humanos, los relatores especiales de la Comisión para los Derechos Humanos, los organismos derivados de los tratados internacionales en la materia, así como las ONG, han reiterado constantemente los principios fundamentales de DDHH, recalcando que su preservación es vital en tiempos de crisis, y que su erosión representaría una victoria para los terroristas sobre la tolerancia, el imperio de la ley, y la dignidad humana⁶⁵⁶.

De tal suerte, se advierte una disyuntiva ante la cual, por un lado, parece haber un cierto consenso sobre la utilidad y efectividad del empleo de sanciones selectivas, no solo en el ámbito del combate al terrorismo, sino en la totalidad del amplio radio de acción que comprenden las facultades otorgadas al CS para el cumplimiento de su misión primordial. Por otro lado, es posible detectar cierto malestar en la comunidad de los DDHH ante lo que se percibe como un régimen que todavía, pese a los esfuerzos realizados por el CS con miras a integrar una estrategia de combate al terrorismo significativamente más garantista, se percibe como insuficiente en relación con las garantías procesales de los posibles afectados por las sanciones selectivas del Órgano. En este entorno, se está llevando a cabo un proceso de reacomodo, mismo que hasta el momento, ha permitido al CS seguir operando mediante el uso de sanciones inteligentes, al tiempo que lo ha obligado a revisar sus propios procedimientos, así como a procurar una mayor inclusión en el uso de sus facultades, particularmente aquellas en las que despliega sus poderes normativos y legislativos.

El proceso descrito, se juzga como uno que puede caracterizarse de constitucional puesto que conlleva la remodelación de ciertas estructuras normativas internacionales que, al momento de su emergencia, parecían enteramente gobernadas por el CS. Dicho proceso, constituye una arista más en la evolución de los procesos de producción normativa del Derecho Internacional que, aunque todavía dominados por los Estados, se alejan cada vez más de la base consensual que otrora los caracterizaba de forma total. Bajo este nuevo paradigma, las OI ocupan un rol cada vez más activo no solo en la producción normativa internacional, sino en el cumplimiento y la aplicación eficaz de las normas. Como resultado, se ha venido realizando una reconfiguración del papel que juegan dichas entidades en la sociedad internacional. Entre los aspectos más importantes de dicha reestructuración, se denota el cambio en la relación de las OI para con los

⁶⁵⁶ Joan Fitzpatrick, "Speaking Law to Power: The War Against Terrorism and Human Rights", *The European Journal of International Law*, vol. 14, n° 2, 2003, pp. 241-245.

DDHH. En este rubro, puede identificarse un cambio paradigmático en el sentido de que dichas entidades, están dejando de lado su función de promotoras de tales derechos, para convertirse no solo en garantes de su cumplimiento, sino en intérpretes de su contenido -y por tanto en agentes que contribuyen a su mayor definición- y, en algunos casos, en autoridades susceptibles de infringirlos.

Ante las circunstancias referidas, es lógico considerar que seguirán ocurriendo cambios en las estructuras normativas internacionales a través de los cuales se generen un mayor número de situaciones en las que los actos de las OI puedan llegar a vulnerar los DDHH. En este sentido, resulta altamente probable que la cada vez más creciente necesidad de salvaguardar los bienes públicos globales propicie un mayor involucramiento de las OI en funciones de gobernanza global. Esto, a su vez, pudiera servir como factor que contribuya a que algunas de ellas, se consoliden como instituciones poseedoras de autoridad internacional y, por lo tanto, con la capacidad de afectar directamente los derechos de las personas humanas y corporativas. Por ahora, las consideraciones relativas a la irrupción del CS en la esfera de los DDHH, representadas en los diversos asuntos ventilados ante los distintos tribunales regionales y domésticos, constituyen evidencia de los cambios aludidos. En este sentido, puede considerarse que en la medida en que crezca la autoridad de algunos organismos internacionales, se incrementará la necesidad de desarrollar mecanismos a través de los cuales sus acciones puedan ser revisadas. Por esta razón, se juzga que la idea de poder realizar controles de legalidad a los actos del CS, posiblemente el organismo internacional con más amplias facultades que existe, resulta de gran trascendencia. No obstante, antes de explorar dicha posibilidad, se estima pertinente dedicar un espacio para realizar algunas consideraciones con miras a lograr una mayor comprensión sobre el nuevo rol de las OI en relación con los DDHH.

7.2 La ONU como Sujeto Obligado al Cumplimiento de los Derechos Humanos

La respuesta a la interrogante sobre si las OI son capaces de cometer violaciones a los DDHH es una cuya verdadera importancia apenas comienza a vislumbrarse. Tradicionalmente, se ha pensado en las OI como agentes protectores de tales derechos, y no como entidades propensas a infringirlos. No obstante, el uso de facultades de naturaleza cuasi legislativa, administrativa y judicial, ha permitido a estos organismos incurrir en ciertas áreas de la gobernanza internacional, dando lugar al surgimiento de

múltiples escenarios dentro de los cuales, sus actos, pueden llegar a vulnerar los DDHH. Tal situación, se genera como consecuencia de la tendencia consistente en la transferencia de algunas funciones estatales a organismos de carácter internacional, o, como en el caso de la UE, incluso supranacional. *Prima facie*, las competencias de las organizaciones supranacionales, adquiridas mediante la transferencia de poderes del ámbito estatal al ámbito internacional, devengaría en que organizaciones de tal naturaleza fueran, además de los Estados, las únicas entidades capaces de realizar actos violatorios de DDHH. No obstante, algunas OI, desempeñan una serie de funciones en cuyo cumplimiento, trastocan la esfera jurídica de los DDHH. Resulta ilustrativo el caso de la propia ONU, cuya estructura y funcionamiento, ofrecen un amplio potencial para la comisión de abusos a los derechos individuales. Entre tales posibilidades, se ubican algunas íntimamente relacionadas con uno de los objetivos primordiales de la Organización, a saber, la manutención de la paz y seguridad internacionales. Ejemplos de tales contingencias pudieran ser actos cometidos por personal participante en las Operaciones para el Mantenimiento de la Paz (OMP) mediante los cuales ilegalmente se confisque o destruya la propiedad de los civiles, actos individuales que afecten los DDHH de las personas que habiten dentro de un territorio administrado por la ONU, posibles violaciones cometidas en situaciones específicas por parte de los tribunales penales internacionales *ad hoc* en relación con los derechos procesales de aquellas personas esperando a ser juzgadas y, además, la posibilidad de que el CS actúe con descuido hacia los estándares internacionales de DDHH al instituir regímenes de sanciones⁶⁵⁷.

La participación de la ONU en actividades como las arriba referidas, es el resultado de una conjunción de factores entre los cuales pueden identificarse la evolución del orden jurídico internacional, el repliegue del Estado-Nación, así como los cambios acaecidos dentro del mismo sistema ONU. Tales transformaciones, obedecen no solo al debilitamiento de algunas estructuras estatales como producto de la globalización, sino a la disponibilidad de la ONU para asumir cada vez más y complejas funciones. De tal manera, aun y cuando resulta evidente que, desde sus inicios, algunas acciones de la Organización eran propensas a afectar los DDHH de ciertos individuos, no es sino hasta ahora, momento en que esta ha asumido una vasta gama de responsabilidades como consecuencia de la expansión competencial del CS, que cabe cuestionarse sobre la

⁶⁵⁷ August Reinisch, "Securing the Accountability of International Organizations", *Global Governance*, vol. 7, n° 2, 2001, pp. 131-132.

posibilidad de que sus actos pudieran violar directamente los DDHH. No obstante, pese a los cambios aludidos, todavía, existen ciertas dudas con respecto a la posibilidad real de aplicar ciertos estándares de DDHH a la ONU, inclusive tratándose de aquellos que ella misma ha contribuido a establecer. Después de todo, técnicamente, ésta no es parte de ningún tratado internacional en la materia. Inclusive, tomando en cuenta que tanto la DUDDHH, como los dos pactos en la materia celebrados al auspicio de la ONU se encuentran exclusivamente abiertos a la participación de los Estados y, que, además, son los únicos instrumentos de protección a los DDHH con carácter universal, se antoja difícil pensar en que la Organización pudiera adherirse a alguno de ellos⁶⁵⁸.

No obstante, existen diversos argumentos de peso a favor de considerar que la ONU se encuentra obligada a conducirse bajo ciertos estándares internacionales de DDHH, independientemente de que no es parte de ningún tratado internacional en la materia. En primer término, debe tomarse en cuenta que, al gozar de personalidad internacional, se encuentra sujeta a las normas de Derecho Internacional Consuetudinario. Hoy día, la idea de que las OI están obligadas a cumplir con las normas consuetudinarias goza de amplia aceptación. A tal percepción, ha contribuido significativamente la práctica de la propia ONU, en cuanto a que en su involucramiento con OMP se ha distinguido -como en los casos relativos a la guerra de Corea y la crisis del Congo-, por observar las normas consuetudinarias humanitarias relativas a los conflictos armados. Asimismo, tomando en cuenta el carácter funcional y secundario de la personalidad de las OI, mismo que se deriva de la personalidad internacional plena de la que gozan los Estados, sería absurdo considerar que estos últimos, al crear la ONU, hubieran logrado establecer una Organización a través de la cual se pudiesen haber librado del cumplimiento de sus obligaciones internacionales⁶⁵⁹.

Del mismo modo, es posible encontrar argumentos para sostener el carácter vinculante de los DDHH hacia la ONU examinando la composición de su ordenamiento jurídico interno, es decir, su ordenamiento constitucional. De esta forma, tomando en cuenta que el artículo 1(3) de la CNU⁶⁶⁰ establece al desarrollo y estímulo de los DDHH

⁶⁵⁸ Frederic Merget & Florian Hoffman, "The UN as a Human Rights Violator? Some Reflections on the United Nations Changing Human Rights Responsibilities", *Human Rights Quarterly*, vol. 25, n° 2, 2003, pp. 314-326.

⁶⁵⁹ August Reinisch, "Securing the Accountability of International Organizations", *Op. Cit.*, p. 136.

⁶⁶⁰ El artículo 1.3 de la CNU establece como uno de los propósitos de la ONU: "Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o

como propósitos de la Organización, es lógico considerar que siendo que su propio orden constitucional le encomienda la tarea de promover los DDHH, la ONU, se encuentra obligada a su realización y, por lo tanto, sujeta a los estándares internacionales de DDHH⁶⁶¹. Asimismo, en relación con el CS, el artículo 24(2) de la CNU⁶⁶² establece que, en el desempeño de sus funciones, este, procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas. Uno de tales propósitos, la manutención de la paz y seguridad internacionales, debe, de acuerdo con el artículo 1(1) de la CNU⁶⁶³ ser logrado de conformidad con los principios de justicia y el Derecho Internacional. Esta interpretación de corte legalista, descarta las visiones que sostienen que al actuar bajo el Capítulo VII, el CS no está obligado a cumplir el Derecho Internacional en cuanto a que la CNU no establece dicha obligación de manera expresa. Ante tales posturas, es posible también esgrimir el argumento de la personalidad internacional: siendo que la ONU es una OI que goza de personalidad internacional debe considerarse que el CS, al ser un organismo de la primera, posee tal carácter también y, por lo tanto, se encuentra igualmente obligado a cumplir con las normas de Derecho Internacional General⁶⁶⁴.

De tal manera, se advierte que existen argumentos sustanciales para considerar que la ONU se encuentra sujeta a ciertos estándares de DDHH, mismos que por extensión de su personalidad, son aplicables también al CS. Así las cosas, se juzga pertinente realizar una breve recapitulación de los argumentos presentados con anterioridad que, en mi opinión, refuerzan adecuadamente la idea de que el CS está obligado a respetar los DDHH en el ejercicio de sus funciones. Primeramente, recordaremos que en relación con el artículo 1(3) de la CNU, hay quienes que han argumentado que la generalidad de los principios contenidos en dicho numeral, previene la derivación de estándares concretos en materia de DDHH que puedan ser efectivamente aplicables al CS. No

humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

⁶⁶¹ Frederic Merget & Florian Hoffman, *Op. Cit.*, p. 317.

⁶⁶² El artículo 24(2) de la CNU establece: “En el desempeño de estas funciones, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas. Los poderes otorgados al Consejo de Seguridad para el desempeño de dichas funciones quedan definidos en los Capítulos VI, VII, VIII y XII”.

⁶⁶³ El artículo 1(1) de la CNU establece como uno de los propósitos de la Organización: “Mantener la paz y seguridad internacionales, y con tal fin, tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz, y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y el derecho internacional, el ajusto o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz”.

⁶⁶⁴ August Reinisch, “Securing the Accountability of International Organizations”, *Op. Cit.*, p. 136.

obstante, pese a la amplitud del lenguaje utilizado en la redacción del artículo 1(3) de la CNU, el contenido nuclear de las normas de DDHH relevantes a la actividad del CS puede ser extraído de los instrumentos en dicha materia desarrollados bajo los auspicios de la Organización. Asimismo, con respecto al hecho de que el CS no es parte en ninguno de dichos instrumentos por vía de ratificación, puede considerarse que estos representan una elaboración a la visión inicial sobre los DDHH de la ONU contenida en los artículos 1(3), 55 y 56 de la CNU y, por lo tanto, los derechos en estos contenidos, constituyen los DDHH que acorde con el artículo 1(3) Naciones Unidas tiene la obligación de respetar y promover⁶⁶⁵.

Por su parte, August Reinisch⁶⁶⁶, aboga por una interpretación que tome en cuenta el contexto histórico del momento en que se adoptaron los artículos de la CNU expresamente relacionados con los DDHH. El artículo 1(3) de la Carta específicamente se refiere a la promoción de los DDHH como uno de los objetivos primordiales de la ONU. Asimismo, el artículo 55(c)⁶⁶⁷ establece que la Organización promoverá el respeto universal por los DDHH y libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión. De acuerdo con el citado autor, aunque el lenguaje contenido en los artículos referidos no requiere explícitamente que la ONU tenga que observar los DDHH, no debe subestimarse el momento histórico en que fueron adoptados, puesto que es más factible considerar que la falta de una obligación explícita de respetar los DDHH signifique que los redactores de la CNU no anticipaban violaciones a estos por parte de la Organización, que pensar que entendían tales violaciones como permisibles. Asimismo, comenta que parece plausible considerar que, si la ONU ignorase los DDHH, habría fracasado en el cumplimiento de su obligación de promoverlos. Añade, que dentro de la *Opinión Consultiva sobre los Efectos de las Sentencias del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas cuando deciden indemnizaciones del 13 de Julio de 1954*⁶⁶⁸, existen consideraciones importantes que apoyan la visión de que la ONU, en calidad de OI encargada de supervisar el respeto

⁶⁶⁵ Véase *supra* notas 508-512.

⁶⁶⁶ August Reinisch, "Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions", *Op. Cit.*, pp. 857-858.

⁶⁶⁷ El artículo 55(c) de la CNU establece: "Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: El respeto universal a los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades".

⁶⁶⁸ *Effect of Awards of Compensation made by the U.N. Administrative Tribunal, Advisory Opinion of July 13th 1954: I.C.J Reports 1954*, p. 57.

universal y la observancia de los DDHH, se encuentra también obligada a cumplirlos. En la citada opinión consultiva, la CIJ no solo afirmó la competencia de Naciones Unidas para establecer un tribunal administrativo con el objeto de resolver las disputas entre esta y sus colaboradores, sino que, además, sugirió que la ONU estaba obligada a hacerlo al señalar que el que la Organización no contara con un medio de resolución de disputas entre esta y sus empleados, difícilmente sería consistente con su propósito de promover la libertad y justicia para todos los individuos.

De igual forma, cabe recordar, que, debido a una clara cuestión de jerarquía, las normas imperativas de Derecho Internacional constituyen un limitante constitucional, *ex ante*, a las acciones del CS en virtud del Capítulo VII de la CNU. Sobre este tema en particular, ampliaremos en la sección relativa al análisis de las sentencias emitidas por tribunales locales y regionales con respecto a la implementación de sanciones por parte del CS. Por ahora, parece importante subrayar, que, aunque ciertamente persisten algunas discrepancias en cuanto a la idea de que el CS se encuentre obligado a respetar el Derecho Internacional General, difícilmente puede discutirse que el Órgano se encuentra constreñido a respetar las normas imperativas del Derecho Internacional, debido a que los valores protegidos por dicho concepto, simplemente no son derogables ni admiten acuerdo en contrario⁶⁶⁹. Más adelante, se analizará la posibilidad de que los derechos relacionados con el acceso a la justicia, específicamente, el derecho al debido proceso y a un recurso efectivo, hayan alcanzado ya el estatus de normas perentorias. Por ahora, interesa seguir explorando la verosimilitud de que, por lo menos en principio, sea posible fincar responsabilidad internacional por violaciones a DDHH a una OI, o bien, a unos de sus sub-organismos como puede ser el CS.

Sobre este tema, cabe precisar la distinción entre una situación en la cual las actividades realizadas por Naciones Unidas pudieran llegar a afectar los DDHH de determinadas personas y una en la cual, en el desempeño de sus funciones, ocurriera una violación atribuible a la Organización. Para que esto sucediera, tendría que darse el supuesto de que más allá de estar situada en un contexto bajo el cual pudiera tener lugar una mera afectación incidental, la ONU, estuviese en una posición desde la cual fuese capaz de ejercer algún tipo de control exclusivo sobre las personas en cuestión que le permitiese impactar de forma directa sus DDHH. Tal capacidad de control, es

⁶⁶⁹ August Reinisch, “Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions”, *Op. Cit.*, pp. 859-860.

comparable con el ejercicio de poderes soberanos y, por ende, conlleva simultáneamente la aptitud para cometer violaciones a DDHH, así como el deber de no incurrir en dicho comportamiento. Con todo, resulta imperativo matizar lo dicho puesto que no puede considerarse que las OI, por un lado, y los Estados, por el otro, sean entidades análogas. De ser el caso, cualquier política llevada a cabo por una OI que de forma contingente llegara a afectar DDHH sería propensa a ser calificada como una violación. En realidad, solo a través de la realización de aquellos actos en que las OI, o bien, algunos otros actores no estatales, se encuentren en una posición que les permita actuar de forma cuasi soberana, pudiera llegar a pensarse en que, efectivamente, tales actos pudieran ser constitutivos de violaciones a los DDHH⁶⁷⁰.

Actualmente, el aumento y diversificación de las funciones que realiza la ONU, permiten contemplar un escenario como el arriba descrito. De tal manera, pudiera considerarse la posibilidad de que en cualquier situación en que bajo la bandera la ONU se desplegaran fuerzas militares, agentes civiles de monitoreo, o bien cualquier otro tipo de personal involucrado en los quehaceres de la Organización, pudieran ocurrir violaciones a DDHH. Situados en dicho contexto, resulta preciso ponderar sobre las dificultades a superar para poder atribuir responsabilidad colectiva a las Naciones Unidas. Primeramente, se alude al hecho conocido de que la Organización no forma parte de ningún tratado internacional en materia de DDHH. Seguidamente, puede considerarse la dificultad que supondría someter a la ONU a estándares internacionales de DDHH debido a su práctica de conceder privilegios e inmunidades a quienes operan dentro de alguno de sus organismos⁶⁷¹. No obstante, es posible identificar algunas razones por las que pudiera considerarse la posibilidad de fincar responsabilidad a la ONU. La primera de tales, se relaciona con el hecho ya analizado de la personalidad de las OI, misma que las convierte en entidades acreedoras de derechos y obligaciones internacionales. Una segunda razón, deriva de la noción de “necesidad funcional” asociada con las OI. Acorde con esta idea, siendo que tales entidades están obligadas a tratar de realizar sus propios propósitos, estas, pueden ejercer los poderes implícitos contenidos en dichos propósitos. De tal manera, tomando en cuenta que existen diversas

⁶⁷⁰ Frederic Merget & Florian Hoffman, *Op. Cit.*, pp. 322-323.

⁶⁷¹ Dicha práctica, se fundamenta en el artículo 105 de la CNU que en sus fracciones primera y segunda establece respectivamente: “1. La Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus Miembros, de los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos. 2. Los representantes de los Miembros de la Organización y los funcionarios de ésta, gozarán asimismo de los privilegios e inmunidades necesarios para desempeñar con independencia sus funciones en relación con la Organización. Véase, Julie Mertus, *Op. Cit.*, p. 113.

previsiones en la CNU que establecen como propósito promover el respeto universal y la observancia de los DDHH, entonces, puede considerarse que la ONU está sujeta a los derechos pertenecientes a dicha categoría que forman parte de su instrumento constitutivo y debe, por ende, sujetarse a sí misma, así como a todos los actores bajo su autoridad, al cumplimiento de tales estándares⁶⁷².

Al igual que su involucramiento con las OMP, las actividades llevadas a cabo por la ONU en el área de asistencia a los refugiados, constituyen un ejemplo de cómo los fenómenos paralelos de la globalización y la fragmentación, están provocando un desplazamiento en la autoridad que puede ejercerse sobre los individuos, misma que alguna vez ostentaban de manera prácticamente exclusiva los Estados, a entidades no gubernamentales como las corporaciones multinacionales y las OI que tradicionalmente no se encuentran sujetas a estándares de DDHH. En este contexto, el papel que actualmente desempeña el Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) resulta por demás ilustrativo. Efectivamente, en relación con las actividades de dicha Oficina, puede considerarse que, aunque en sus labores de organización y supervisión de los diversos campamentos de refugiados bajo su control ejerce sobre las personas que habitan dichos refugios una soberanía *de facto*, desde una óptica jurídica, lo que en realidad sucede es que dicha agencia actúa en capacidad de invitado en el Estado anfitrión, asistiendo a este en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Desde este punto de vista, el Derecho Internacional de los DDHH solamente es aplicable en la relación existente entre el Estado anfitrión y los refugiados, y no así entre estos y una OI como puede ser el ACNUR⁶⁷³.

Sin embargo, al igual que como sucede en relación con el CS y la OMP, la participación del ACNUR en el manejo de los campamentos de refugiados, implica varias circunstancias que permiten considerar su sujeción a ciertos estándares de DDHH. Primeramente, podemos aplicar *mutatis mutandis* los argumentos arriba utilizados para justificar la personalidad internacional de los sub-organismos de las OI al caso del ACNUR. De tal manera, es posible reiterar que la personalidad internacional conlleva ciertas responsabilidades internacionales. En lo concerniente a las OI, el alcance de tal responsabilidad dependerá principalmente de dos factores: Primero, la

⁶⁷² *Ibid.*, pp. 112-114.

⁶⁷³ Ralph Wilde, “*Quis Custodiet Ipso Custodes?*: Why and How UNHCR Governance of “Development” Refugee Camps Should be Subject to International Human Rights Law”, *Yale Human Rights and Development Journal*, vol. 1, n° 1, 1998, p. 113.

responsabilidad solo es aplicable a aquellas situaciones en que la organización actúe dentro de su capacidad legal internacional, y, segundo, se aplicará en la medida que los actos realizados sean compatibles con la naturaleza de su personalidad. En el caso particular del ACNUR, siendo que este actúa bajo la autorización de los Estados para desempeñar funciones similares a las que ellos mismos realizan, pero que dada la naturaleza de su personalidad solo esta agencia puede realizar -como, por ejemplo, supervisar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados-, ambos requisitos se cumplen. Ahora bien, dando por sentado que, en las circunstancias descritas, dicho organismo puede efectivamente estar sujeto a ciertos estándares en materia de DDHH, habría que determinar el derecho aplicable a tales circunstancias. Para tales efectos, es preciso considerar el mandato del ACNUR. De tal manera, pese a la amplitud que caracteriza a dicho mandato -situación que también ocurre con respecto al CS-, parece posible definirlo en términos generales como consistente en brindar protección a los refugiados, así como en asistir a la búsqueda de soluciones a largo plazo para los problemas que padecen. Por ende, dada la personalidad internacional y el mandato que justifican las acciones del ACNUR, puede considerarse que el Derecho Internacional de los DDHH debería de gobernar sus acciones, debido a que no solo resulta esencial para el cumplimiento de su misión, sino a que la no aplicación de dichas normas a las circunstancias descritas se juzga como inconcebible⁶⁷⁴.

En este contexto, la relativamente reciente aprobación del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales por parte de la Comisión de Derecho Internacional (PAROI)⁶⁷⁵, resulta indicativa de una clara tendencia que considera la idoneidad de hacer exigible la responsabilidad de la OI. No obstante, aunque el Proyecto se basa en gran medida en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos⁶⁷⁶, ambos textos difieren en cuanto al grado de autoridad. De tal manera, es necesario tomar en cuenta que el proyecto de artículos relativo a las OI, se estima todavía más como un trabajo de

⁶⁷⁴ *Ibid.*, pp. 115-119.

⁶⁷⁵ Resolución Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, “Responsabilidad Internacional de las Organizaciones Internacionales”, A/CN.4/L.778, 63º Período de Sesiones, 26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011, disponible en <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-internacional-publico-1/ejercicios-proyectos-y-casos-1/capitulo2/documento-27-proyecto-cdi-responsabilidad-organizaciones-internacionales.pdf>.

⁶⁷⁶ Resolución Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, A/Res/56/86, Quincuagésimo Sexto Período de Sesiones, 85ª Sesión Plenaria, 12 de Diciembre de 2001, disponible en <http://www.uib.cat/depart/dpu/dip/pdf/dip0607/responsabilidad.pdf>.

desarrollo progresivo que de codificación y, por ende, su efectividad es todavía limitada. Tal situación, pudiera ser explicada en función de la escasa práctica relacionada con la atribución de responsabilidad a las OI. Del mismo modo, la ausencia de práctica puede aducirse a la inmunidad con la pueden operar dichas entidades, a la ausencia de foros judiciales con jurisdicción sobre las mismas, así como a la confidencialidad de los medios diplomáticos con que a menudo se resuelven los conflictos en que estos organismos se ven involucrados⁶⁷⁷. Sin embargo, pese a las limitantes referidas, es posible considerar que el PAROI constituye un avance significativo para el desarrollo del derecho de la OI, así como que, en virtud de los desarrollos que se comentan, no puede descartarse la posibilidad de que eventualmente, sus previsiones adquieran fuerza vinculante por vía consuetudinaria.

De tal forma, se advierte que no solo el ejercicio de la personalidad internacional, sino la capacidad en que esta es ejercida, resultan determinantes para justificar la obligación de las OI de respetar el Derecho Internacional de los DDHH. En consecuencia, existe cierto consenso entre los partidarios de atribuir responsabilidad en la materia a actores no estatales, en el sentido de que dicha responsabilidad se presenta con mucho mayor fuerza en relación con aquellas entidades que, debido a su naturaleza y funciones, emulan el comportamiento estatal actuado de forma cuasi soberana. Ejemplos de lo anterior, podrían ser los grupos guerrilleros que llegan a controlar ciertas extensiones territoriales, o bien las corporaciones multinacionales que, debido a su influencia y poderío económico, pueden llegar a ejercer un control casi exclusivo sobre determinada población⁶⁷⁸. En relación con la ONU, quizá el ejemplo más palpable de tal situación es representado por las administraciones territoriales. En dichas operaciones, puede darse el caso de que la ONU sea la única fuente del derecho a aplicar en el territorio administrado, razón por la cual se vuelve más urgente el que esta se adhiera a los estándares internacionales de DDHH, así como que provea los medios para remediar violaciones⁶⁷⁹. Con todo, la justificación de la aplicabilidad del Derecho Internacional de los DDHH a las OI debe realizarse con miras a encontrar un cierto balance, debido a que, evidentemente, éstas no son Estados, ni tampoco gobiernan unidades soberanas de forma permanente. No obstante, cuando las OI realizan funciones de gobernanza en

⁶⁷⁷ Virginia Gallo Cobián, “El Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales adoptado por la Comisión de Derecho Internacional: Principales Conclusiones”, *Op. Cit.*, 2014, pp. 25-27.

⁶⁷⁸ Frederic Merget & Florian Hoffman, *Op. Cit.*, p. 323.

⁶⁷⁹ Julie Mertus, *Op. Cit.*, p. 114.

virtud de su personalidad internacional y en función de su mandato, el respeto y la consideración por los DDHH, resultan, no solo de utilidad, sino esenciales para el cumplimiento de sus propósitos⁶⁸⁰.

De tal manera, existen motivos suficientes para alegar una evolución en el orden jurídico internacional que permite atribuir responsabilidad a las OI, no solo en la promoción, sino también en la observancia de los DDHH. Cosa distinta, es hacer efectiva dicha responsabilidad. En su estado actual, el Derecho Internacional de los DDHH no cuenta con vías efectivas para tales efectos. No obstante, la intervención de los tribunales estatales y regionales, así como la función de denuncia que realizan los organismos internacionales de DDHH, han demostrado que existen alternativas viables, si bien indirectas, que permiten presionar a las OI para que adecúen sus prácticas conforme a la nueva dinámica que envuelve a la sociedad internacional. Tal es el caso del CS, Organismo que, ante las críticas suscitadas en relación con las deficiencias asociadas a la implementación de sanciones selectivas, se ha visto en la necesidad de modificar sus prácticas de manera tal que estas sean más apegadas al régimen internacional de los DDHH. De esta forma, aunque como se ha mencionado, el Consejo parece haber transferido a los Estados la responsabilidad de asegurarse que, en la implementación de sus medidas, se respeten en todo momento los DDHH, lo cierto es, que ni el Órgano ni sus organismos subsidiarios han permanecido inermes ante la problemática descrita. Por el contrario, aunque insuficientes, las mejoras realizadas al Régimen 1267 atestiguan su disposición por reforzar las áreas de oportunidad concernientes a los DDHH. En cualquier caso, resulta interesante considerar, de forma similar a como se ha hecho con respecto a los temas de las OMP y los campamentos de refugiados, si es posible, que, en el desempeño de sus funciones a través de la aplicación de sanciones selectivas, pudiera atribuirse al Consejo la responsabilidad de sujetarse a ciertos estándares de DDHH.

Con el propósito de explorar los límites a la expansión competencial del CS, se han identificado algunos límites a los actos de dicho organismo, entre los cuales, sobresalen aquellos concernientes a su obligación de procurar el respeto a los DDHH y no contravenir las normas de *jus cogens*. De este modo, se ha establecido que, en la toma de sus decisiones, el CS debe tomar en cuenta el impacto negativo que estas puedan tener sobre los DDHH. Con todo, afirmar que las acciones del CS pueden llegar a

⁶⁸⁰ Ralph Wilde, *Op. Cit.*, p. 119.

afectar los DDHH de los individuos sobre los que finalmente recaen puede considerarse como un eufemismo, debido a que en su involucramiento con OMP, administraciones territoriales y, el combate al terrorismo internacional, inevitablemente terminará rozando la esfera jurídica de particulares, generando un número significativo de ocasiones en que puedan vulnerarse los DDHH. No obstante, de acuerdo a lo antes expresado, para considerar que dichas violaciones pudieran ser atribuibles al CS, sería necesario que este ejerciera alguna especie de control exclusivo que le permitiera socavar los DDHH de las personas y entidades a quienes se aplican las sanciones. Desde una óptica legalista, resulta imposible atribuir violaciones al Órgano debido a que la implementación final de sus sanciones recae sobre los Estados. En este sentido, pudiera argumentarse que el Consejo carece del control exclusivo necesario para estar en condiciones de infringir los DDHH de los sancionados.

No obstante, tomando en cuenta el carácter de obligación que reviste para los Estados la implementación de las sanciones *directamente* decididas a nivel ONU, se juzga que, si bien por una parte no puede afirmarse que el CS ejerce un control exclusivo sobre la aplicación de sus propias sanciones, por otro lado, sí puede exponerse que posee la autoridad suficiente como para realizar actos de alto impacto para los derechos de los afectados. Por consiguiente, el CS no solo ha decidido el tipo de medidas sancionadoras a emplearse, sino que, además, a través de sus diversos Comités de Sanciones ha sido capaz de designar a los individuos cuyos nombres habrán de ser incluidos en la Lista Consolidada y, a título propio, de decidir en última instancia si puede o no removerse a una persona de dichas listas. De tal manera, pese a que el CS ha reiterado en diversas de sus resoluciones pertenecientes al Régimen 1267 que las medidas contenidas en tales instrumentos son de naturaleza preventiva y no se basan en criterios penales de derecho interno, autores como la profesora Jessica Almqvist⁶⁸¹ han señalado que, aunque la naturaleza de las sanciones aparenta ser administrativa y provisional, en realidad, la severidad que implica la retención de activos, aunada a la incertidumbre producto del desconocimiento sobre su duración efectiva, provocan que las medidas en comento sean comparables con la confiscación, sanción de carácter penal. Tal y como señala la citada autora, el entendimiento de las medidas como sanciones penales requiere de consideraciones sobre cómo proteger los derechos a un juicio justo y al debido proceso. Es mi opinión, que tal argumento, ofrece margen para

⁶⁸¹ Jessica Almqvist, *Op. Cit.*, p. 309.

reflexionar sobre el amplio grado de control que goza el CS con respecto a los destinatarios de sus sanciones, aún y cuando no sea este *per se* quien termine ejecutándolas.

Llevada al extremo, la idea de que las sanciones antiterroristas del CS son de carácter penal, pudiera conducir a la reflexión de que, al emplearlas, el Órgano actúa en capacidad cuasi judicial, lo cual, a su vez, implicaría que se conduce de una forma que se asemeja a la soberanía. Dicho sea de otro modo, la imposición de penas implica un control exclusivo sobre los acusados que -sin tomar en cuenta los casos excepcionales de algunos cuantos tribunales internacionales con alcances jurisdiccionales altamente específicos- solo poseen los Estados. De tal manera, se razona que incluso considerando el hecho de que muchos de los nombres que terminan incluyéndose en las listas de sanciones son propuestos por los Estados, así como que la implementación efectiva de las sanciones recae sobre estos mismos, difícilmente puede razonarse que, teniendo la última palabra sobre la situación jurídica de los sancionados, el CS carece de control sobre los individuos objeto de sus medidas y, por tanto, se encuentra eximido de consideraciones relativas a los DDHH.

De acuerdo con el artículo 7 del PAROI “[e]l comportamiento de un órgano de un Estado o de un órgano o un agente de una organización internacional que hayan sido puestos a disposición de otra organización internacional se considerará un hecho de esta última organización según el derecho internacional si ésta ejerce un control efectivo sobre ese comportamiento”. Por su parte, el artículo 15 del PAROI establece que “[l]a organización internacional que dirige y controla a un Estado o a otra organización internacional en la comisión por ese Estado o por esta última organización de un hecho internacionalmente ilícito es internacionalmente responsable por este hecho si: a) lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito; y b) el hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por la organización que dirige y controla”. Si bien por medio de una interpretación amplia, puede considerarse que los criterios desarrollados en el PAROI resultan aplicables al caso de las sanciones selectivas del CS aplicadas en cumplimiento del Régimen 1267.

De tal manera, tomando en cuenta que virtud del artículo 25 de la CNU “[l]os Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad”, pudiera considerarse que, al implementar las resoluciones del CS adoptadas en virtud del Capítulo VII de la CNU, estos se encuentran a disposición

de la ONU. De tal suerte, aunque pudiera pensarse que las previsiones de los artículos 7 y 15 del PAROI, resultan aplicables únicamente a aquellas operaciones de campo, como pueden ser la OMP, la supervisión de campamentos de refugiados por parte del ACNUR, o bien las administraciones territoriales; se observa la presencia de ciertos factores que pudiesen justificar su aplicación en el ámbito de las sanciones selectivas. Uno de tales, es el hecho de que las resoluciones pertinentes del CS exigen la congelación “sin demora” de los activos de aquellas personas que figuran en la Lista Consolidada. En la etapa inicial de implementación de las sanciones, dicho requerimiento resultó en una valoración generalizada por parte de los Estados, acorde a la cual, se consideraba que al ejecutar las sanciones se carecía de cualquier margen de apreciación. Por ello, inicialmente los Estados se dedicaron a trasponer las medidas referidas sin realizar ningún tipo de control o verificación sobre su pertinencia. Inclusive, como se tratará a detalle durante la tercera sección de la Tercera Parte, en relación con las primeras demandas presentadas ante los diversos tribunales nacionales y regionales, tal perspectiva sirvió para justificar el socavamiento de los DDHH en algunas judicaturas que entendieron que, efectivamente, los Estados se encontraban obligados a ejecutar las decisiones del CS sin posibilidad alguna de modificación.

Bajo estas circunstancias, puede considerarse que los Estados se encontraban a disposición del CS, así como que este, en términos del PAROI, tenía un “control efectivo” sobre su comportamiento. Por lo menos formalmente hablando, el CS decidía con carácter exclusivo a quienes y durante cuánto tiempo habrían de aplicarse las sanciones. Si bien es cierto que pudiera argüirse que, en términos prácticos, era el Comité de Sanciones y no el CS quien realizaba las determinaciones con respecto a la inclusión y supresión de los nombres figurantes en la Lista Consolidada; cabe recordar que dicho organismo refleja de forma idéntica la composición del CS. Del mismo modo, no puede considerarse que el CS desconociera las circunstancias en que se estaban implementando las sanciones, pues, tal y como demuestran los múltiples informes relativos a la implementación del Régimen 1267; tenía un conocimiento detallado de las inquietudes concernientes a la falta de protección de los DDHH desde el momento en que comenzaron a hacerse presentes. Con todo, la adopción de la sentencia *Kadi 2008* cambiaría significativamente el panorama descrito, puesto que, al afirmar la prevalencia de los principios del orden jurídico europeo sobre las obligaciones de los Estados derivadas de la ONU, el tema del control, por lo menos en el espacio jurídico europeo,

dejó de ser relevante. Sin embargo, como se tratará durante la tercera sección de esta tercera parte, el TJUE fue objeto de fuertes críticas al considerarse que había asumido una actitud aislacionista con respecto al Derecho Internacional⁶⁸².

En el contexto de la aplicación de sanciones selectivas antiterroristas por parte del CS, las consideraciones más urgentes sobre DDHH continúan siendo aquellas relativas al derecho a un recurso efectivo y a los derechos concernientes al debido proceso. Como se ha visto, algunas de las reformas realizadas al régimen 1267 han hecho bastante por mitigar las preocupaciones iniciales relativas a diversos aspectos de su implementación, tales como la transparencia de los procedimientos para incluir y suprimir personas de las listas de sanciones, los criterios por medio de los cuales se determina la inclusión de una persona en las listas, el requerimiento de proveer y justificar por medio de información relevante los motivos para incluir nombres en la listas, la notificación oportuna de su inclusión en las listas a las personas afectadas y, sobre todo, la falta de un medio a través del cual aquellos que consideren que han sido añadidos injustificadamente a las listas puedan solicitar directamente su remoción. Con el objeto de atender esta última cuestión, el CS instituyó la Oficina del Ombudsman. No obstante, la falta de un organismo totalmente independiente, de naturaleza judicial o cuasi judicial que pueda decidir de forma absolutamente imparcial si una persona debe o no permanecer en las listas, continúa siendo en algunos sectores, fuente de malestar en cuanto a que se considera que dicha oficina no cumple con todos los requisitos esenciales para garantizar una protección integral a los DDHH de las personas afectadas. Aunada a la incapacidad de proveer una decisión autónoma, la imposibilidad de gestionar una compensación adecuada por parte de la Oficina del Ombudsman, permanecen como insuficiencias de los regímenes de sanciones del CS que, de no subsanarse, no solo seguirán afectando la legitimidad del sistema, sino que continuarán siendo un obstáculo para la aplicación efectiva de las sanciones.

Tal situación, fue objeto de consideración por Martin Scheinin, cuando en calidad de “Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo” presentó su cuarto informe

⁶⁸² Gráinne de Búrca, “The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi”, *Harvard International Law Journal*, vol. 51, n° 1, 2010, pp. 1-4.

ante la AGNU⁶⁸³. Al tratar el tema relativo al acceso efectivo a los tribunales, señaló que la práctica de clasificar y desclasificar a las personas y grupos como terroristas o entidades asociadas al terrorismo -en la que incurren el CS, bien sea por conducto del Comité 1267, la UE o los procedimientos nacionales-, había tenido graves consecuencias para los derechos relacionados con las debidas garantías procesales de los sospechosos de terrorismo y sus familias. Asimismo, advirtió que la congelación de los activos de los sospechosos por tiempo indefinido, equivale por su severidad a una sanción penal, máxime que los interesados no tienen derecho a salir de la lista. Por ende, concluyó que mientras no se hiciera un examen independiente de las listas en el marco de Naciones Unidas, en los Estados se tiene que poder acceder a la revisión judicial de toda medida de aplicación. Incluso, el Relator Especial consideró imperativo señalar que aun cuando la inclusión en una lista no dé lugar a la congelación de bienes con carácter indefinido, y sus consecuencias no alcancen para asimilarla a una sanción penal, sería posible invocar el derecho de acceder a los tribunales y a un juicio imparcial en virtud de las disposiciones generales del párrafo 1 del artículo 14 del PIDCP, pues son aplicables a la determinación de derechos y obligaciones de carácter civil. Finalmente, subrayó que, como mínimo, entre las normas para asegurar la imparcialidad del proceso deben figurar el derecho de la persona a ser informada de las medidas adoptadas y a saber qué cargos se le imputan lo antes posible y en el mayor grado posible, sin que ello menoscabe el propósito de los regímenes de sanciones; el derecho de la persona a ser oída en un plazo razonable por el órgano competente que haya tomado la decisión; el derecho a un examen efectivo por un mecanismo de revisión competente e independiente; el derecho a la asistencia letrada en todas las fases del proceso; y el derecho a una reparación efectiva.

Como es evidente, independientemente del carácter penal, administrativo o civil que se atribuya a las sanciones selectivas del CS para la lucha contra el terrorismo; la lógica contenida en las declaraciones efectuadas por el Relator Especial Scheinin deja un espacio muy reducido para dudar sobre la necesidad de que los afectados por tales medidas deben de contar en todo momento con el derecho de acceso a los tribunales, o, por lo menos, a un órgano competente e independiente de aquel que haya tomado la decisión. Sin embargo, en aras de la exhaustividad, se estima pertinente abordar un par

⁶⁸³ Asamblea General de las Naciones Unidas, Cuarto Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Documento Oficial de la ONU A/63/223, 6 de agosto de 2008, p. 9.

de cuestiones adicionales sobre este tema. De tal suerte, para valorar la idoneidad, o no, de la Oficina del Ombudsman como mecanismo de revisión del Régimen 1267, resulta necesario reflexionar sobre la naturaleza de las sanciones selectivas en atención a dos importantes razones. Primeramente, la calificación de las sanciones como acusaciones penales, medidas administrativas, o bien de alguna otra naturaleza, resulta importante para efectos de fijar el estándar probatorio requerido para ser incluido en las listas del CS. De tal manera, una caracterización de las sanciones como acusaciones penales, implicaría un alto estándar probatorio por medio del cual se tuviesen que justificar, más allá de cualquier duda razonable, los motivos por los cuales se incluye cierto nombre en la lista. Por el contrario, si se considera que las sanciones poseen naturaleza administrativa, el estándar probatorio necesario para incluir a alguien puede decrecer significativamente⁶⁸⁴. Actualmente, pese a que el CS ha instituido el uso de un formulario normalizado para facilitar la justificación de las propuestas de inclusión, no puede considerarse que sus estándares probatorios sean rigurosos, en tanto que las propuestas de enlistado deben de incluir razones lo más detalladas y específicas *que sea posible* para la inclusión, así como toda la información pertinente *que sea posible* proporcionar sobre el nombre que se proponga incluir, en particular datos suficientes para que se pueda identificar rigurosa y positivamente a las personas, grupos, empresas y entidades, y, *en la medida de lo posible*, la información requerida por INTERPOL para emitir una Notificación Especial de INTERPOL y el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁶⁸⁵. De tal manera, aunque no puede negarse que el CS ha definido, incluso aumentado, los requisitos necesarios para incluir personas en sus listas, todavía, sus procedimientos, carecen del rigor que caracteriza a una acusación penal en donde la evidencia resulta crucial para ligar determinada conducta a un tipo penal.

Una segunda razón para reflexionar sobre la caracterización de las sanciones selectivas como acusaciones penales o como algún otro tipo de medidas, consiste precisamente en que dicha calificación, resulta determinante para definir los requisitos que debe contener cualquier mecanismo de revisión judicial que pretenda utilizarse en relación estas. Como es sabido, los tratados internacionales en materia de DDHH reconocen mayor amplitud al derecho a un remedio efectivo en relación con procedimientos penales, razón por la cual, se encuentra íntimamente ligado a

⁶⁸⁴ Larissa van den Herik & Nico Schrijver, *Op. Cit.*, p. 14.

⁶⁸⁵ Véase, Resolución 1456 del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 20 de enero de 2003, párrafo operativo 24.

consideraciones relativas al debido proceso⁶⁸⁶. Consecuentemente, las garantías procesales contempladas por dichos instrumentos en relación con acusaciones penales,

⁶⁸⁶ Con algunos matices distintos, tanto el Pacto Internacional para los Derechos Civiles y Políticos, El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconocen el mismo contenido nuclear del derecho al debido proceso. El Pacto Internacional para los Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 14(1) lo siguiente: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”. Adicionalmente, los artículos 14.2 y 14.3 del PIDCP extienden el derecho al debido proceso para casos de índole penal de la siguiente manera: “2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) Interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. Por su parte, el CEDH, en artículo 6.1 relativo al Derecho a un Proceso Equitativo establece: “1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”. De igual forma, en sus artículos 6.2 y 6.3, la citada convención extiende el derecho a un proceso equitativo de la siguiente manera: “2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 8.1 relativo a la Garantías Judiciales lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Asimismo, la citada Convención extiende las Garantías Judiciales por medio de su artículo 8.2 de la siguiente forma: “2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene

no solo requieren de aplicación forzosa por parte de una autoridad propiamente judicial, sino que, además, implican una mayor participación del acusado en el procedimiento de la que actualmente gozan los sujetos objeto de las sanciones antiterroristas. Por otro lado, si se califica a las sanciones selectivas como disposiciones de carácter administrativo, o bien como poseedoras de alguna otra naturaleza que no sea penal, los estándares de protección requeridos por los tratados se ven aminorados⁶⁸⁷ debido a que el remedio aplicable a tal situación no tiene que ser necesariamente judicial⁶⁸⁸.

Así las cosas, la caracterización de las sanciones dirigidas como medidas administrativas ha permitido al CS establecer un mecanismo de revisión con alcance político en vez de judicial, en cuanto a que, aunque el derecho a un remedio efectivo se encuentra protegido tanto en los procesos penales como en cualquier procedimiento en el que se determinen los derechos y obligaciones de una persona, en este último caso, el grado de protección reconocido por las convenciones relevantes, resulta significativamente menor. De tal manera, además del requisito de intervención judicial, la calificación de las sanciones dirigidas como acusaciones penales implicaría el

derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

⁶⁸⁷ Tanto el Pacto Internacional para los Derechos Civiles y Políticos, El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contemplan la posibilidad de resarcir violaciones a los DDHH por medios extrajudiciales siempre y cuando estas no ocurran en el contexto de una acusación penal. De tal manera, el artículo 2(3) del PIDCP establece lo siguiente: “3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrán interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se hayan estimado procedente el recurso”. Por su parte, el artículo 13 del CEDH, relativo al derecho a un recurso efectivo, dispone lo siguiente: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”. Finalmente, el artículo 25(2) del Pacto de San José, relativo a la protección judicial, establece que: “2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

⁶⁸⁸ Larissa van den Herik & Nico Schrijver, Op. Cit., p. 14.

derecho a representación legal, a interrogar testigos, a ser juzgado sin dilación, etc.⁶⁸⁹. En párrafos anteriores se ha esbozado el argumento de que la severidad de las sanciones, su naturaleza punitiva, así como la incertidumbre en cuanto su duración, ofrecen elementos para considerar su carácter penal. Dichos argumentos, encuentran soporte en interpretaciones autoritarias de los instrumentos internacionales en materia de DDHH. De tal manera, cabe recordar que, aunque el CDDHH no ha definido todavía lo que implica el que una acusación sea de carácter penal o no, por su parte, el TEDH se ha pronunciado en relación al artículo 6 del CEDH –el cual literalmente emplea el término “acusación en materia penal”–, en el sentido de que a fin de determinar si una acusación es penal o no, deberán de tomarse en cuenta la naturaleza y severidad de la posible sanción, así como el tipo de ofensa sancionada. Finalmente, la afirmación realizada por el Relator Especial Scheinin por medio del informe arriba citado⁶⁹⁰, constituye, junto a los ahora referidos, un elemento de peso para considerar que los que los señalamientos del CS, en el sentido de que las medidas en cuestión “son de carácter preventivo y no se basan en criterios penales establecidos por el derecho interno” son, cuando menos, debatibles.

Adicionalmente, la controvertida calificación de las sanciones como administrativas en vez de penales, tiene efectos devastadores para los principios de asunción de inocencia y equidad procesal. En este contexto, se observa que el TEDH ha sostenido en más de una ocasión⁶⁹¹ que, en algunas instancias, una acusación penal, puede tomar la forma de otras medidas que conlleven la implicación de tal alegación y, que, de igual forma, afecte la situación del sospechoso. De asumirse que tal es el caso, entrarían en juego el principio de asunción de inocencia. De tal modo, al imponer sanciones de carácter penal a individuos sin que medie proceso judicial alguno en el que se hayan formulado acusaciones formales y emitido un veredicto por parte de un tribunal imparcial, a través del cual se les haya condenado por crímenes de terrorismo, inevitablemente se compromete la esencia del derecho a la presunción de inocencia⁶⁹².

Asimismo, la naturaleza del CS como tribunal, así como su imparcialidad, pueden ser fácilmente desafiadas. Independientemente de que ejerza funciones cuasi judiciales,

⁶⁸⁹ Andrew Hudson, *Op. Cit.*, p. 15.

⁶⁹⁰ Véase *supra* nota 683.

⁶⁹¹ Véase, *Eckle c. Alemania*, TEDH (1982), Serie A, No. 51, 5 EHRR (1983) 1, en párr. 73; *Foti y otros c. Italia*, TEDH (1982), Serie A, No. 56, 5 EHRR (1983) 313, en párr. 52.

⁶⁹² Andrea Bianchi, *Op. Cit.*, p. 906.

este, continúa siendo un órgano político que toma sus decisiones en función de consideraciones políticas, gozando además de una amplia discreción para hacerlo. El procedimiento por medio del cual se decide la inclusión de personas en la lista, mismo que conlleva a la aplicación de las sanciones, no califica como una “audiencia pública y justa” de acuerdo con los tratados internacionales de DDHH. Incluso, aunque actualmente se reconoce el derecho de los implicados a ser oídos -a través de la Oficina del Ombudsman-, el hecho de que estos no tengan el derecho a presentar testigos que declaren a su favor, o bien a interrogar a aquellos que declaren en su contra, constituye una flagrante violación al principio de equidad procesal, misma que atenta contra el derecho de los sancionados a defenderse. Sin duda alguna, la situación se ve agravada tomando en cuenta que el CDDHH⁶⁹³, ha sostenido que los requisitos fundamentales de un juicio imparcial no pueden ser suspendidos por los Estados, aún ante una situación de excepción, independientemente de que no estos no se encuentran incluidos en la lista de derechos no derogables prescrita por el artículo 4 del PIDCP⁶⁹⁴.

Ante el panorama descrito, resulta comprensible la proliferación de demandas ante instancias locales y regionales en relación con la aplicación de sanciones selectivas en el ámbito de la lucha contra el terrorismo. Sin embargo, a diferencia de otras entidades no estatales como las ONG o las corporaciones transnacionales, pese a estar sujetas al derecho interno de los Estados donde operan; las OI, pueden llegar a gozar de inmunidad ante las cortes locales. De tal manera, siendo que los tratados constitutivos, los acuerdos internos, así como algunas previsiones consuetudinarias y del derecho de los tratados forman en *stricto sensu* el derecho aplicable a las OI, puede darse el caso de que sus actos no se valoraren en función de leyes internas, razón por la cual, en algunas ocasiones, estas se aplican de forma subsidiaria. Así las cosas, pareciera que únicamente

⁶⁹³ Véase, Observación General No. 29, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 4 - Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción, 72º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 215 (2001), en párr. 16: “Las garantías relacionadas con la institución de la suspensión, según se definen en el artículo 4 del Pacto, se basan en los principios de legalidad y del Estado de derecho inherentes al Pacto en su conjunto. Como ciertos elementos del derecho a un juicio imparcial están explícitamente garantizados por el derecho internacional humanitario en tiempo de conflicto armado, el Comité no encuentra ninguna justificación para suspender dichas garantías durante cualquier otra situación de excepción. A juicio del Comité, los principios de legalidad y del Estado de derecho exigen que los requisitos fundamentales del derecho a un juicio imparcial se respeten durante un estado de excepción. Sólo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito, y se debe respetar la presunción de inocencia. Con el objeto de proteger los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, se sigue de este mismo principio que el derecho de acceso a los tribunales, para que éstos decidan sin demora sobre la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por una decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto”.

⁶⁹⁴ Andrea Bianchi, *Op. Cit.*, p. 906.

la aplicación del Derecho Internacional en foros internacionales constituiría un medio adecuado para limitar los actos de las OI cuando se involucran en acciones de gobernanza internacional. No obstante, este tipo de control resulta débil e inadecuado en cuanto a que requiere la adherencia de dichas entidades a foros con la capacidad de revisar sus actos, fenómeno que, hasta el momento, no parece factible. Sin embargo, existen otros modos de control a los actos de las OI que pudieran calificarse de “meta-jurídicos”. Tales métodos, consisten en restringir los actos de la organización a través de presión mediante acciones como pudieran ser modificaciones al momento de votar, la retención de las contribuciones a la organización, o bien, de forma extrema, la modificación de los estatutos de la misma. No obstante, dichos mecanismos se basan en la desconfianza de los Estados Miembros de la organización, razón por la cual pueden mermar su funcionamiento efectivo y su espíritu de cooperación. Con todo, pese a que los mismos propósitos de ciertas organizaciones -en especial aquellos de la ONU- previenen el que generalmente estas cometan violaciones a DDHH, subsiste la necesidad de desarrollar controles de legalidad efectivos que puedan ser aplicables a aquellas situaciones minoritarias en donde efectivamente se infringen los derechos de las personas, y existe la necesidad de remediar tales infracciones por medio de reglas y procedimientos clara y previamente establecidos⁶⁹⁵.

En cualquier caso, puede concluirse que la posibilidad de que, en algunas circunstancias, las sanciones selectivas del CS puedan infringir DDHH, da lugar a cuestionamientos sobre la posibilidad de revisar judicialmente la imposición de tales medidas. Evidentemente, la atribución de responsabilidad a Naciones Unidas suscita problemas en cuanto a que generalmente, sus sanciones son impuestas por el CS, pero son implementadas a través de legislación nacional o, en el caso de la UE, incluso supranacional. Tales cuestiones, serán abordadas a profundidad en la tercera sección de esta Tercera Parte, relativa a los casos desahogados ante instancias internas y regionales de la presente tesis doctoral. Por ahora, interesa resaltar que la ventilación de dichos asuntos, corresponde con la tendencia actual de buscar mecanismos, sean estos civiles o penales, para poder atribuir responsabilidad a aquellos sujetos que, independientemente de su naturaleza, cometan violaciones a DDHH⁶⁹⁶. Es mi opinión, que dicha tendencia evidencia la constitucionalización del sistema jurídico internacional, en función de un

⁶⁹⁵ August Reisch, “Securing the Accountability of International Organizations”, *Op. Cit.*, pp. 133-134.

⁶⁹⁶ August Reinisch, “Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions”, *Op. Cit.*, pp. 863-864.

sistema común de valores encarnados en los DDHH, proceso que, a su vez, implica importantes reestructuraciones y reacomodos en atención de las nuevas funciones ejercidas por algunos organismos internacionales que, como el CS, iniciaron sus quehaceres con mandatos limitados que no corresponden totalmente con las actividades que hoy día desempeñan.

A diferencia del CS, otros sub organismos de Naciones Unidas, tales como la AGNU y el Consejo Económico y Social, fueron expresamente dotados con competencias para tratar cuestiones relativas a los DDHH. Por el contrario, durante los primeros años de su existencia, el CS gozó de una amplia libertad para interpretar el significado de su misión primordial. Durante este tiempo, así como a través de la mayor parte de la guerra fría, buscó mantenerse aislado de cuestiones tocantes a los DDHH. No obstante, la necesidad de involucrarse en operaciones de mantenimiento y construcción de la paz, ha tenido como consecuencia el que la distancia inicialmente mantenida por el Consejo en relación con los derechos referidos, no sea, actualmente, ni deseable ni aconsejable. Hoy día, el desempeño exitoso de sus funciones, depende en gran medida de su involucramiento con los DDHH⁶⁹⁷. No obstante, el inicio de la faceta legislativa del CS, suscita cuestionamientos en cuanto a la idoneidad de la estructura institucional de la ONU para acomodar una función legislativa para la cual no fue diseñada, ni equipada. En este sentido, resulta lógico el que esta no cuente con un mecanismo interno para lidiar con posibles abusos derivados de los actos legislativos del CS. Consecuentemente, ante la improbabilidad de que dichos mecanismos se desarrollen en un futuro cercano, habrán de explorarse las alternativas surgidas en esta etapa de transición, con miras a valorar su suficiencia, así como la posibilidad de que den lugar a nuevos y más eficaces mecanismos de control a mediano o largo plazo.

8. De un Modelo de Revisión Judicial Incidental a un Modelo de Revisión Judicial Expresiva: El Potencial de la Corte Internacional de Justicia como Tribunal Constitucional

Los cambios acaecidos en la sociedad internacional, acentuados por el paso del tiempo en relación con el fin de la Segunda Guerra Mundial; pudieran conducir a la idea de que, en un contexto actual, la necesidad de un órgano de la naturaleza y características del CS resulta anacrónica. No obstante, si algo puede inferirse de los

⁶⁹⁷ Julie Mertus, *Op. Cit.*, pp. 98-99.

eventos que han sido relatados a lo largo de la presente tesis doctoral, es precisamente la necesidad de contar un sistema de seguridad colectivo que, por medio de ciertas adaptaciones, pueda seguir fungiendo para coordinar los esfuerzos globales en aras de preservar la paz y seguridad internacionales. Desde esta perspectiva, debe considerarse a la expansión del CS como algo encomiable, puesto que dicho Organismo, ha conseguido mantener su relevancia, incluso incrementando su radio de acción, en un contexto para el que no fue diseñado. Valiéndose de las estructuras normativas y herramientas operacionales a su alcance, el CS se ha logrado reinventarse, de forma tal que le permita seguir desempeñando su función primordial, que se percibe tan importante como al momento de creación de la ONU.

Sin embargo, en ocasiones, el estiramiento de poderes del CS ha sucedido de forma un tanto arbitraria, inclusive, al margen de la legalidad provista por la CNU. No obstante, independientemente de las consideraciones sobre legalidad y legitimidad que se han apuntado, se estima que la capacidad desarrollada por el Órgano -así como por algunos otros organismos internacionales- de tocar directamente la esfera jurídica de los particulares, obliga a considerar la posibilidad de ejercer algún tipo de control de legalidad sobre sus acciones. En todo caso, la proliferación de las OI, así como su incursión ámbitos que les permiten realizar funciones de gobierno a nivel internacional, sugieren que, de forma paralela a dichos acontecimientos, pudieran estar surgiendo mecanismos de control a sus acciones, emergidos como corolario de la situación descrita.

No obstante, una conjugación de factores, entre los que destacan la perpetua búsqueda por la efectividad de las OI, misma de la que deriva la renuencia de algunos actores internacionales para controlarlas, han prevenido el diseño y desarrollo de controles adecuados para la actividad de tales entidades. En este escenario, la CIJ ha sido la primera institución llamada a colmar el vacío que se describe. *Prima facie*, las competencias que ostenta dicho Tribunal, pudieran parecer poco idóneas para ejercer una función revisora -como si de una corte constitucional se tratase-, con respecto a la actividad de los órganos políticos de la ONU. Empero, la solvencia jurídica de la Corte, consolidada a lo largo de más de 60 años de práctica, ha propiciado que, de forma natural, incluso necesaria, esta, se presente como el primer candidato para verificar la legalidad de las acciones del CS. De tal manera, lo mismo que el CS, la CIJ ha tenido que echar mano de sus competencias implícitas para ocuparse de cuestiones no

expresamente contempladas en la CNU, de forma tal que pueda seguir desempeñando su rol como principal órgano judicial de la ONU.

En dicho contexto, se observa que tal y como ha sucedido con el CS, el desarrollo de competencias implícitas por parte de la CIJ no ha sido producto de la generación espontánea, sino que, por el contrario, deviene de un largo proceso a través del cual, la Corte se hace consciente del nuevo rol que ha sido llamada a desempeñar y procura, haciendo uso de las estructuras normativas a su alcance, adaptarse a las nuevas circunstancias. De tal forma, resulta posible identificar un proceso por medio del cual, la CIJ ha desarrollado una sutil función de revisión judicial, que más que lograr un control efectivo de los actos de los organismos políticos de la ONU, en especial, de aquellos del CS; ha servido para clarificar los términos de su relación con dichas entidades, así como para concretizar el papel que éstas, así como la propia CIJ, deben desempeñar en la arena internacional contemporánea.

De tal suerte, por medio del presente capítulo, se pretende analizar el proceso aludido, con miras a extraer conclusiones que permitan esclarecer el cambio paradigmático que se percibe de una situación en la que el control de las OI se entendía como un hecho poco probable, por otra en la que si bien de manera un tanto accidentada, este se vuelve una cotidianeidad del orden jurídico internacional. En este sentido, se observa que, prácticamente desde el inicio de sus actividades, la CIJ ha venido desarrollando una tenue función de revisión judicial por medio de la cual, ha procurado desarrollar un entorno de cooperación entre los organismos de la ONU, mayoritariamente a través de la confirmación de sus decisiones. Pese a que dicha función no se encuentra contemplada en la CNU y es, por tanto, implícita; difícilmente representó un problema político puesto que inicialmente fue desenvuelta sobre una línea cooperativa, ajena al antagonismo.

No obstante, la presentación de la demanda por parte de Libia que dio origen al desahogo del caso *Lockerbie* ante la CIJ, introdujo una dimensión constitucional en el proceso de desarrollo de la función revisora de dicho Tribunal. De forma implícita, la CIJ fue llamada a determinar la legalidad de los actos del CS, específicamente, en relación con la controversial determinación de amenaza a la paz realizada por este a través de la resolución 748 (1991). Como es sabido, por medio de dicho instrumento, el CS determinó que la negativa libia de responder a la solicitud de entrega de dos de sus nacionales sospechosos de haber derribado el vuelo 103 de la compañía aérea *pan am*

sobre Lockerbie, Escocia, era constitutiva de una amenaza a la paz. La demanda, propició por primera vez una situación de potencial conflicto entre la CIJ y el CS, al colocar a la primera en una situación donde no podía excluirse la posibilidad de realizar una determinación de ilegalidad, si bien incidental, con respecto a la determinación de amenaza a la paz previamente realizada por el Consejo.

El resultado del proceso judicial relativo a *Lockerbie* es harto conocido. No obstante, en lo particular, interesa resaltar la importancia constitucional de tal resultado. Por una parte, las sentencias interlocutorias dictadas en dicho asunto, así como las opiniones separadas, concordantes y disidentes de los jueces que intervinieron; permiten entrever cierto espacio para que, en el mediano o el largo plazo, la CIJ estire aún más su ámbito competencial, y pueda fungir de forma más efectiva como modulador de los actos del CS, y demás organismos políticos de Naciones Unidas. Siendo que la composición de la Corte y la naturaleza de sus competencias previenen una transformación radical en el ejercicio de sus funciones, habrá que analizar los límites inherentes al desarrollo de competencias implícitas de la CIJ, de forma que permita realizar predicciones sobre una hipotética ampliación de su rol constitucional. Pareciera ser, que, en su deseo por mantener el equilibrio de poder en la ONU, por el momento, la Corte ha optado por no realizar un salto cualitativo en los términos descritos, pero que, sin embargo, ha decidido mantener latente la posibilidad de efectuarlo en algún punto en el tiempo. De tal manera, no puede descartarse que un futuro, ante acciones que pudiera juzgar como excesivas, la CIJ pudiera asumir una postura más crítica ante el CS.

Con todo, se considera que el aspecto más relevante que puede extraerse de *Lockerbie*, es el empleo del modelo de revisión judicial expresiva. Como se verá, la CIJ aprovechó dicho asunto para advertir al CS sobre la necesidad de conducir sus acciones con mayor cautela ante situaciones como la que se le habían presentado en relación con la disputa entre los Estados involucrados. Dicha advertencia, no pasó desapercibida para aquellos tribunales nacionales y regionales que habrían de ocuparse de las demandas suscitadas en virtud de la implementación de las sanciones antiterroristas del CS. Por un lado, en una primera etapa de implementación, los tribunales aludidos hicieron eco del razonamiento empleado por la CIJ en *Lockerbie* para abstenerse de revisar judicialmente los actos de aplicación de las sanciones. Por otro lado, tomando en cuenta dichos argumentos, se dieron a la tarea de identificar vías alternas para poder procurar el respeto por los DDHH en sus respectivas jurisdicciones. Al hacerlo, adoptaron la

modalidad de revisión judicial expresiva empleada por la CIJ, dotándola de una extensión mucho mayor al involucrar a un número considerable de actores en un dialogo por medio del cual, intentaban comunicar la necesidad de mejorar los procedimientos sancionadores del CS.

De esta forma, los diversos tribunales regionales y locales involucrados en el proceso que se relata, no solo propiciaron un grado de interacción considerable entre ellos mismos; sino que, además, involucraron a los principales actores internacionales en materia de DDHH; a la comunidad académica iusinternacionalista; a diversas OI y ONG y; por supuesto, a la propia ONU y al mismo CS. El resultado, ha sido la emergencia de una revisión judicial indirecta, así como imperfecta, que con todo y sus limitantes constituye una innovación importante en relación con el control de los actos de las OI. Dicha tarea, no pudo haber sido realizada por un solo tribunal, ni siquiera, por la CIJ. No obstante, se juzga que el rol catalizador jugado por dicho Organismo es de una importancia significativa, en cuanto a que moldea e inspira las acciones de los tribunales nacionales regionales y locales hacia un modelo de revisión judicial expresiva. En ausencia de dicho modelo, difícilmente puede considerarse que se hubiese logrado cualquier tipo de control a las sanciones selectivas del CS y, muchos menos, que se hubiera podido propiciar la autorregulación del Órgano. Lo mismo que las cuestiones relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, la impartición de justicia, presenta hoy día dimensiones de escala global, que requieren de la conjunción de esfuerzos por parte de los actores involucrados.

8.1 La Inferencia de un Tenue Control de Legalidad en la ONU

La idea de que la CIJ pueda revisar las decisiones de los órganos principales de la ONU no es nueva. Tan pronto como desde la celebración de la Conferencia de San Francisco, se planteó la posibilidad de que la CIJ pudiese realizar interpretaciones autoritarias de la CNU –que bien podrían ser revisiones judiciales a los actos del CS- pero se estimó que tal procedimiento iría en contra de la funcionalidad de la Organización. Empero, pese a la ausencia de previsión expresa sobre una interpretación autoritaria y vinculante de la Carta, la doctrina se ha empeñado en buscar un control de legalidad judicial de los actos de la Naciones Unidas, principalmente porque cada

órgano de la Organización es responsable de determinar su propia competencia⁶⁹⁸. Una mirada superficial a la literatura, revela la existencia de dos corrientes principales, una que afirma, y otra que niega la competencia de la CIJ para revisar judicialmente los actos del CS. En medio de tales posturas, es posible encontrar una variada gama de opiniones que de forma general aceptan la competencia de la Corte para revisar las decisiones del CS, pero que a la vez consideran que, al hacerlo, esta debe de mostrar cierto grado de deferencia ante el órgano político por excelencia de Naciones Unidas⁶⁹⁹.

Sin embargo, lo que en ocasiones se pasa por alto, es que la CIJ se ha pronunciado ya en algunos casos anteriores, no solo sobre la legalidad de las resoluciones del CS, sino que también ha hecho lo propio con respecto a algunas actuaciones de la AGNU. De tal manera, la Corte no se abstuvo de pronunciarse sobre la legalidad del establecimiento del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, ni sobre la legalidad del mantenimiento de la paz por parte de la Organización, ni tampoco sobre la legalidad de las resoluciones del CS que terminaron con el mandato concedido a Sudáfrica sobre el Sudoeste Africano por la Sociedad de Naciones. Puede señalarse, que, aunque la CIJ evitó la confrontación al concluir que todos estos actos realizados por órganos políticos de la ONU se encontraban dentro de sus poderes –implícitos-, ésta, claramente afirmó su jurisdicción para conocer sobre tales asuntos⁷⁰⁰. De esta forma, puede afirmarse que la CIJ se ha pronunciado una serie de veces sobre la legalidad de las resoluciones del CS, afirmando dicha legalidad en toda ocasión. Dependiendo del concepto que se tenga de “revisión judicial”, puede sostenerse que la CIJ ha venido desempeñando esta función desde antaño. En lo particular, se adopta un concepto amplio de dicha figura, mediante el cual se razona que esta no se encuentra inevitablemente vinculada con la competencia de anular una decisión, sino que, puede

⁶⁹⁸ Pilar Pozo Serrano, “La Corte Internacional de Justicia y las Competencias del Consejo de Seguridad en el Ámbito del Mantenimiento de la Paz y Seguridad Internacionales”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XIV, n° 14, 1998, pp. 470-472.

⁶⁹⁹ Enzo Cannizzaro, “A Machiavellian Moment? The UN Security Council and the Rule of Law”, *International Organizations Law Review*, vol. 3, n° 2, 2006, p. 192.

⁷⁰⁰ Véase también: August Reinisch, “Should Judges Second-Guess the UN Security Council?”, *International Organizations Law Review*, vol. 6, no° 1, 2009, pp. 257-259. De tal manera, la CIJ se pronunció a favor la legalidad del establecimiento de un tribunal administrativo de la ONU en *Effect of Awards of Compensation made by the U.N. Administrative Tribunal, Advisory Opinion of July 13th 1954: I.C.J. Reports 1954*, 47; como hizo igualmente con la noción de mantenimiento de la paz en *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C.J. Reports 1962*, 151; y, se pronunció también sobre la legalidad de las resoluciones del CS que terminaron con el mandato de la Sociedad de Naciones de Sudáfrica sobre el Sudoeste Africano *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, 16.

integrarse por medio de ciertos pronunciamientos, que tengan el efecto de reencausar las acciones de los organismos sujetos a tal revisión.

Los *travaux préparatoires* de la CNU, indican la existencia de un intento fallido por proveer expresamente a la CIJ con poderes de revisión judicial sobre las decisiones del CS. Durante la Conferencia de San Francisco, el representante de Bélgica propuso que cualquier Estado parte de una disputa ante el Consejo, tuviera el derecho de acudir a la CIJ para que esta determinase si una recomendación o decisión emitida por el primero, infringía sus derechos fundamentales. De acuerdo con la propuesta, si la Corte dictaminaba que los derechos de algún Estado habían sido socavados o amenazados, el CS tendría que reconsiderar su decisión, o bien, la disputa sería sometida a la AGNU para que esta tomase una determinación. No obstante, tras una serie de debates intensivos, la propuesta tuvo que ser retirada. Algunos Estados, entre los que figuraban Francia, EEUU y la entonces Unión Soviética, se opusieron firmemente, argumentando que aceptarla implicaría un retraso inadmisible que operaría en favor del Estado agresor. No obstante, la delegación belga insistió, presentando una enmienda a través de la cual arguyó que el Comité sobre Problemas Legales debería de designar un órgano con poderes propiamente interpretativos sobre la CNU. Empero, un Subcomité designado para tales efectos, determinó que era innecesario contar con una previsión expresa en la Carta que otorgase poderes de interpretación. En cualquier caso, el Subcomité sugirió que los Estados eran libres de interpretar el tratado fundacional de la ONU de diversas maneras, entre las cuales recomendaba la solicitud de opiniones consultivas a la CIJ por medio de los conductos adecuados⁷⁰¹.

Esencialmente, la propuesta belga fue rechazada de acuerdo con la premisa de que era inevitable que en el curso de las operaciones del día a día, cada órgano de Naciones Unidas interpretase las partes de la CNU que fuesen aplicables a sus funciones particulares. De la misma manera, se argumentó que tal proceso era inherente al funcionamiento de cualquier organismo que operase bajo un instrumento que definiese sus funciones y poderes. Como resultado, se consideró que era innecesario incluir en la CNU alguna previsión que expresamente autorizara o aprobara la operación normal de dicho principio. En consecuencia, bajo el sistema ONU, existe la posibilidad de que órganos diferentes sustenten interpretaciones distintas sobre una misma disposición,

⁷⁰¹ Kamrul Hossain, "Legality of the Security Council Action: Does the International Court of Justice Move to Take Up the Challenge of Judicial Review?", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, vol. 5, n° 17, 2009, pp. 133-163.

generando un fenómeno denominado por Bedjaoui⁷⁰² como “dispersión del poder de interpretación de la Carta”, mismo del que puede inferirse la ausencia de jerarquía entre los distintos órganos de Naciones Unidas⁷⁰³. De esta forma, la falta de atribución de poderes de revisión sobre los preceptos contenidos en la CNU a una entidad específica, resultó en un sistema a través del cual, no es posible, en *stricto sensu*, obtener una interpretación autoritaria por parte de un órgano distinto al que actúa.

Dependiendo del significado que se dé al término de “revisión judicial”, es posible considerar que la CIJ ha desarrollado dicha competencia de forma tal que no contraviene el sistema de interpretación dispersa finalmente reflejado en la CNU. De esta forma, solo considerando a la noción de revisión judicial como una referencia a medios o procesos específicos a través de los cuales las decisiones de los órganos políticos de Naciones Unidas puedan sujetarse al escrutinio de la CIJ, podría concluirse que esta, efectivamente, carece de poderes de revisión judicial. Por otro lado, una noción amplia de revisión judicial, a través del cual la CIJ puede realizar pronunciamientos no vinculantes sobre la validez de los actos del resto de los organismos del sistema ONU, permite considerar que esta ha logrado desarrollar poderes de revisión acordes al sistema en el cual se desempeña. En dicha capacidad, la CIJ ejerce funciones orientativas para el resto de los organismos de Naciones Unidas. Tal escenario, resulta enteramente compatible con el esquema de interpretación previsto por la CNU, en cuanto que esta no incluye previsión alguna que impida la CIJ examinar la validez de las decisiones de los órganos políticos de la ONU si tal cuestión se le presenta en el curso de algún procedimiento debidamente instaurado. De esta forma, no puede considerarse que la CNU pretenda evitar el examen de validez de las decisiones de los órganos políticos de la Organización⁷⁰⁴.

Resulta posible considerar que, pese a la ausencia de una facultad general de revisión prescrita por la CNU, la CIJ ha desarrollado una función revisora que reviste ciertas características forzosamente derivadas del sistema jurídico en el que opera. Tal desarrollo, obedece a su carácter de órgano principal de la ONU, así como a la función judicial que le ha sido encomendada a través de la CNU y el ECIJ. En función de la

⁷⁰² Mohammed Bejaoui, “Nouvel Ordre Mondial et Contrôle de la Légalité des Actes du Conseil de Sécurité”, Bruselas, Éditions Bruylant, 1994, p. 21, citado por, Pilar Pozo Serrano, *Op. Cit.*, p. 460.

⁷⁰³ *Ibid.*, pp. 460-461.

⁷⁰⁴ Bernd Martenczuck, “The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?”, *The European Journal of International Law*, vol. 10, n° 3, 1999, pp. 526-527.

primera, la Corte se constituye en un elemento del sistema para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, puesto que la resolución de disputas entre Estados que está llamada a desempeñar se considera indispensable para dicho fin. Adicionalmente, su función estatutaria consiste en la resolución de controversias que le sean sometidas por medio del Derecho Internacional. Como órgano principal de Naciones Unidas, la Corte debe cumplir con dicho mandato dentro del marco de los propósitos y principios de la Organización. De esta forma, se entiende que una función a través de la cual sea capaz de contribuir al apego a la legalidad de los actos de la Organización resulta esencial para el cumplimiento de tales principios. Finalmente, su carácter de órgano principal, le confiere una posición independiente o autónoma. Por otro lado, su naturaleza judicial previene que se encuentre subordinada a cualquier otro organismo. Incluso, su competencia material, de carácter general, implica que no existe elemento alguno del Derecho Internacional que no sea de su competencia y que no pueda interpretar o aplicar cuando se le solicite hacerlo. Tales circunstancias, han permitido a la CIJ desarrollar poderes de interpretación sobre la CNU. Tomando en cuenta que dichos poderes no le fueron expresamente atribuidos, puede considerarse que su ejercicio representa una expansión competencial, misma que se justifica de acuerdo a las necesidades funcionales derivadas del estatus que goza dentro de Naciones Unidas⁷⁰⁵.

Ante el escenario descrito, la negación de la existencia de poderes revisores en función de consideraciones históricas se antoja limitada. Después de todo, la investigación realizada hasta el momento, revela que la expansión competencial de los órganos de Naciones Unidas llevada a cabo mediante la inferencia de poderes implícitos identificados a través de las necesidades funcionales de la Organización, no solo es una ocurrencia común, sino que es, hasta cierto punto, ineludible. Hoy día, los poderes del CS lucen significativamente distintos a aquellos consagrados en el texto de la CNU. Ciertamente, algunas de las funciones que realiza en la actualidad, ni siquiera figuran en los *travaux préparatoires* de la ONU, por la simple razón de que al momento su creación, era imposible prever las circunstancias en las que hogaño opera el CS. Como es sabido, una interpretación evolutiva de la CNU, ha permitido al Consejo realizar un estiramiento competencial significativo. Tal ocurrencia, se ha posibilitado puesto que sus acciones no han sido sujetas a un estándar de revisión eminentemente histórico, sino

⁷⁰⁵ Pilar Pozo Serrano, *Op. Cit.*, pp. 446-449

más bien, a uno teleológico. Resulta lógico considerar, que no existe razón alguna para aplicar estándares distintos a las labores de la CIJ. Desde este paradigma, la Corte puede, tal y como lo ha hecho, desarrollar una especie de revisión a través del ejercicio de su función judicial, misma que resulta totalmente compatible con los propósitos para los que fue creada⁷⁰⁶.

A través del proceso descrito, la CIJ se ha habilitado a sí misma para revisar incidentalmente la validez de los actos de los organismos de Naciones Unidas. El carácter incidental de tal revisión, obedece a las circunstancias que limitan su ejercicio a aquellas controversias que pudieran emerger frente a la petición de alguna o ambas partes en un procedimiento contencioso, o bien a través de la cuestión planteada mediante una solicitud de opinión consultiva. El primero de tales esquemas, no forma parte del diseño constitucional previsto en la CNU, sino que se basa en el consentimiento de los Estados partes a una disputa, a través del cual se le otorga la competencia para decidir el derecho aplicable a sus relaciones mutuas. Por otro lado, puede considerarse que la revisión judicial resulta inherente a la función de determinar el derecho en relación con una pregunta específica que se haya formulado a la Corte a través de la solicitud de una opinión consultiva⁷⁰⁷. No obstante, la falta de un planteamiento específico a nivel constitucional que faculte a la CIJ para realizar funciones de revisión, inevitablemente acarrea una serie de limitantes que pueden considerarse consustanciales a su naturaleza. Tales constreñimientos, condicionan el alcance que puede llegar a tener la revisión judicial, al poner en duda la viabilidad de que esta se realice de forma efectiva. Sin embargo, aunque dichas limitantes ciertamente condicionan el impacto de una revisión judicial en los términos descritos, finalmente no representan un obstáculo para que esta se realice.

En este contexto, resulta preciso considerar que el desarrollo de una facultad de revisión judicial no ha ocurrido en un vacío político-jurídico. Por el contrario, debido al carácter incidental que reviste tal aptitud, esta, ha sido hilvanada a través de decisiones condicionadas por la escasez de oportunidades políticas, así como por la alta indeterminación del derecho aplicable a los actos ilegales de las OI. De tal manera, la revisión incidental de la que actualmente es partícipe la CIJ, se ha construido a través de un proceso parsimonioso en el cual, mediante cada nuevo y eventual pronunciamiento

⁷⁰⁶ Iveta Cherneva, "The UN Security Council in the Lockerbie Case", *Centro Studi Strategici Carlo de Cristoforis*, 2012, pp. 17-19.

⁷⁰⁷ Enzo Cannizzaro, *Op. Cit.*, p. 194.

de la Corte que implique una valoración de los actos de los órganos de la ONU, se clarifican, gradualmente, las normas y principios aplicables a la materia. Asimismo, se encuentra que, por lo general, al valorar la legalidad de los actos del resto de los organismos de la ONU, la Corte ha elegido pronunciarse lacónicamente. Tal circunstancia, ha dado lugar a diversas interpretaciones sobre sus decisiones, situación que, a la vez, ha generado confusión sobre la capacidad en que ésta puede ejercer sus funciones de revisión, así como sobre el alcance que puedan llegar a tener dichas funciones. De esta forma, las opiniones doctrinales y judiciales con respecto al tema que nos ocupa, revelan una falta de consenso sobre tales cuestiones, misma que acarrea un alto grado de indeterminación sobre dichos asuntos. Tal problemática, se evidencia de manera clara en las discrepancias imperantes sobre la capacidad de la CIJ para asumir una función revisora que oscilan entre la negación total y la aceptación general de la misma.

La profesora Pilar Pozo⁷⁰⁸ distingue entre lo que considera los “falsos” y “verdaderos” límites a la función judicial de la CIJ. Dentro de la primera categoría, ubica la distinción entre controversias jurídicas y políticas, a través de la cual se ha pretendido establecer que, debido a su naturaleza política, existen algunas disputas que no son justiciables y, por ende, no son susceptibles de ser resueltas judicialmente. Asimismo, considera falso el argumento a través del cual se sostiene que aquellas disputas relativas al uso de la fuerza no pueden ser atendidas por la CIJ en cuanto a que son competencia exclusiva del CS. Tales percepciones, derivan de un entendimiento erróneo de la relación entre CIJ y CS, que puede llevar a la conclusión equivocada de que, dada la naturaleza política del segundo, este, goza de cierta jerarquía frente a la primera en relación con aquellas disputas tocantes a la paz y seguridad internacionales. Desde esta perspectiva, se considera que, debido a su competencia material, algunos asuntos solo pueden ser abordados por el CS. No obstante, la jurisprudencia de la CIJ desmiente ambas premisas. Más adelante, se explorarán a detalle los términos que gobiernan la relación entre ambos organismos. Por ahora, basta con señalar la inexactitud de las aseveraciones referidas, a fin de considerar los auténticos límites que regulan la función judicial de la CIJ. De acuerdo con la profesora Pozo, los verdaderos límites a la función judicial de la CIJ consisten en el fundamento consensual sobre el que se basa su competencia, así como en la formulación de la pregunta planteada

⁷⁰⁸ Pilar Pozo Serrano, *Op. Cit.*, pp. 449-458.

mediante la solicitud de una opinión consultiva, o bien, la demanda interpuesta en caso de controversia, que se requieren para activarla.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 34(1) del ECIJ⁷⁰⁹, únicamente los Estados podrán ser partes ante la CIJ. Por su parte, el artículo 36 de dicho instrumento⁷¹⁰, establece las condiciones bajo las cuales estos pueden manifestar su consentimiento para someterse su jurisdicción. De tales previsiones, se deriva que el CS, o bien cualquier otro órgano de la ONU, se encuentra imposibilitado para ser parte de una disputa ventilada ante la Corte. Tal circunstancia, impide cualquier tipo de revisión directa sobre sus actos. De esta forma, únicamente cuando las decisiones de los órganos políticos de Naciones Unidas sean relevantes a una disputa existente entre un par de Estados sujetos a su jurisdicción, podrán ser objeto de revisión por parte de la CIJ. Asimismo, siendo que la CIJ opera bajo el principio *non ultra petita*, alguno de los dos Estados tendría que plantear específicamente dicha interrogante, puesto que la Corte solo puede pronunciarse sobre una determinada cuestión tal y como esta le haya sido planteada por las partes⁷¹¹. Alcanzada una decisión, únicamente tendría efectos vinculantes entre las partes, revistiendo, por ende, un carácter meramente incidental. De esta forma, la demanda planteada resulta crucial desde el punto de vista de los posibles efectos o restricciones que pudiera tener sobre las acciones del CS⁷¹².

Naturalmente, el límite verdadero a la función judicial de la CIJ concerniente a la demanda planteada aplica *mutatis mutandi* al ejercicio de su función consultiva. Por ende, la valoración de los actos de un órgano como el CS, tendría que estar claramente

⁷⁰⁹ El artículo 34(1) del ECIJ establece: Sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte.

⁷¹⁰ El artículo 36 del ECIJ establece: 1. La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes. 2. Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a. la interpretación de un tratado; b. cualquier cuestión de derecho internacional; c. la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; d. la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional. 3. La declaración a que se refiere este Artículo podrá hacerse incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad por parte de varios o determinados Estados, o por determinado tiempo. 4. Estas declaraciones serán remitidas para su depósito al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias de ellas a las partes en este Estatuto y al Secretario de la Corte. 5. Las declaraciones hechas de acuerdo con el Artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional que estén aún vigentes, serán consideradas, respecto de las partes en el presente Estatuto, como aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia por el periodo que aún les quede de vigencia y conforme a los términos de dichas declaraciones. 6. En caso de disputa en cuanto a si la Corte tiene o no jurisdicción, la Corte decidirá.

⁷¹¹ Pilar Pozo Serrano, *Op. Cit.*, p. 458.

⁷¹² Jose E. Alvarez, "Judging the Security Council", *Op. Cit.*, p. 6.

contenida en la cuestión planteada en la solicitud de una opinión consultiva. Por otro lado, la limitante relativa a la activación consensual de su jurisdicción en casos contenciosos no opera cuando la Corte actúa en modalidad consultiva. De acuerdo con el artículo 96(1) de la CNU⁷¹³, tanto la AGNU como el CS podrán solicitar a la CIJ que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica. Asimismo, el artículo 96(2)⁷¹⁴ faculta al resto de los órganos y organismos especializados de Naciones Unidas a solicitar opiniones consultivas, siempre y cuando hayan sido autorizados previamente por la AGNU, y toda vez que la cuestión planteada verse sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro del ejercicio de sus actividades.

Por su parte, la profesora Soledad Torrecuadrada⁷¹⁵ expresa cierta reserva ante el posible ejercicio de una revisión judicial a través de la modalidad consultiva de la CIJ. Advierte, que el ejercicio de dicha función a través de un mecanismo que no fue diseñado con tal propósito, devenga en un problema añadido en relación a los que presentan los verdaderos límites a la función judicial contenciosa de la Corte. Dicho problema, se asocia con los sujetos legitimados para solicitar una opinión consultiva. En este sentido, razona que, si se pretende controlar las decisiones del CS, no será este quien plantee la cuestión. Asimismo, considera como altamente improbable el que sea la AGNU quien realice tal solicitud. Inclusive, reflexiona sobre la posibilidad de que al artículo 12 de la CNU⁷¹⁶ constituya una limitante para el ejercicio de tal revisión, debido a que la prohibición contenida en el citado numeral, alcanzaría tanto a la formulación de la cuestión consultiva por parte de la AGNU como a la autorización que esta puede otorgar a otros órganos para solicitarla. No obstante, con base a una interpretación conjunta de los artículos 11⁷¹⁷ y 12 de la CNU, sugiere que dicha

⁷¹³ El artículo 96(1) de la CNU establece: La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica.

⁷¹⁴ El artículo 96(2) de la CNU establece: Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades.

⁷¹⁵ Soledad Torrecuadrada García-Lozano, “El Control de Legalidad de las Decisiones del Consejo de Seguridad”, *Op. Cit.*, pp. 121-123.

⁷¹⁶ El artículo 12(1) de la CNU establece: Mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad.

⁷¹⁷ El artículo 11(2) de la CNU establece: La Asamblea General podrá discutir toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que presente a su consideración cualquier Miembro de las Naciones Unidas o el Consejo de Seguridad, o que un Estado que no es Miembro de las Naciones Unidas presente de conformidad con el Artículo 35, párrafo 2, y salvo lo dispuesto en el

limitante aplica únicamente a los poderes de acción. Por ende, siendo que la solicitud de una opinión consultiva no implica acción, podría considerarse tal posibilidad pese a lo que se desprende de la literalidad del artículo 12. De forma similar, sugiere considerar que la solicitud de una opinión consultiva no constituye una recomendación en términos del artículo 12(1). De ser así, tal previsión no aplicaría a dicho supuesto. Con todo, la profesora Torrecuadrada afirma que una vez que una opinión consultiva haya sido solicitada en los términos prescritos por la CNU, nada impediría que la CIJ revisara incidentalmente las resoluciones del CS, o bien de cualquier otro órgano político de Naciones Unidas. Posiblemente por ello, la función revisora de la CIJ se ha desarrollado mayoritariamente a través de la emisión de opiniones consultivas.

Con todo, debe tomarse en cuenta que de acuerdo con el artículo 65 de su Estatuto⁷¹⁸, la CIJ goza de un poder discrecional para decidir si da o no una opinión consultiva. No obstante, tal y como señala el profesor Carlos Espósito⁷¹⁹, la Corte nunca se ha negado a responder a dichas solicitudes. De acuerdo con el citado autor, la CIJ únicamente podría negarse a responder a una solicitud de opinión consultiva si encontrase razones decisivas para ellos. Explica, que, aunque estas no están plenamente determinadas, son causas que no pueden asimilarse a la falta de oportunidad o inconveniencia que puedan acompañar a una determinada solicitud. Por el contrario, dichas razones, tienen que socavar esencialmente la integridad de la Corte dado que, finalmente, al emitir una opinión consultiva, lo hace en el desempeño de su función judicial. No obstante, tal y como advierte el profesor Espósito, la CIJ ha tenido ocasión de rebatir los principales argumentos que pudieran conducir a una denegación de respuesta de su parte. De tal manera, cuando se ha planteado la cuestión de que por medio de la opinión consultiva se puede circundar el consentimiento de los Estados para ser partícipes en una disputa judicial, la Corte ha respondido que la respuesta a una

Artículo 12, podrá hacer recomendaciones acerca de tales cuestiones al Estado o Estados interesados o al Consejo de Seguridad o a éste y a aquéllos. Toda cuestión de esta naturaleza con respecto a la cual se requiera acción será referida al Consejo de Seguridad por la Asamblea General antes o después de discutirla.

⁷¹⁸ El artículo 65 del ECIJ establece: 1. La Corte podrá emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas, o de acuerdo con las disposiciones de la misma. 2. Las cuestiones sobre las cuales se solicite opinión consultiva serán expuestas a la Corte mediante solicitud escrita, en que se formule en términos precisos la cuestión respecto de la cual se haga la consulta. Con dicha solicitud se acompañarán todos los documentos que puedan arrojar luz sobre la cuestión.

⁷¹⁹ Carlos Espósito, “El Discreto Ejercicio de la Función Consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el Asunto de Kosovo”, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, Vol. LXIII, n° 1, 2011, pp. 132-135.

opinión consultiva se da al organismo que la solicitó y no a los Estados. De igual forma, cuando se ha argumentado que una opinión consultiva pudiera tener efectos políticos adversos, la Corte ha negado que estos pudieran ser una razón decisiva para impedir su jurisdicción consultiva. Finalmente, la falta de pruebas e información necesaria pudiera ser una razón decisiva para impedir una respuesta de la Corte, no obstante, la práctica no registra ningún evento de esta naturaleza. Por ende, no puede sino coincidir con el profesor Espósito cuando señala que el espacio para que la CIJ ejerza su discrecionalidad en el ámbito de las opiniones consultivas, puede considerarse como sumamente limitado.

8.2 Más allá de la Confirmación de Legalidad: El Potencial de la Facultad de Revisión

A través de la emisión de opiniones consultivas y la adopción de ciertas sentencias en asuntos contenciosos, la CIJ ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la legalidad de los actos de los órganos políticos de la ONU. Por medio de una jurisprudencia desarrollada en torno a un esquema de cooperación, ha clarificado los términos que gobiernan su relación con el CS. Dicho ejercicio, no solo ha facilitado la dinámica de interacción entre los organismos de la ONU, sino que, además, se ha constituido en la referencia idónea para aquellos tribunales nacionales y regionales que se ocupan de resolver demandas derivadas de la implementación de las sanciones selectivas del CS. De esta forma, se ha posibilitado el que aquellos tribunales ajenos al sistema jurídico onusiano, incrementen el grado de comprensión con respecto al rol que debe desempeñar el CS en la ONU y el sistema jurídico internacional, del mismo modo en que han sido auxiliares para un mejor entendimiento sobre la naturaleza y alcance real de los poderes que ostenta dicho Organismo.

8.2.1 El Desarrollo de la Revisión Judicial por medio de Opiniones Consultivas: La Etapa de la Cooperación

La función consultiva de la CIJ posee gran potencial para responder a cuestiones relativas al esclarecimiento del contenido de los límites que deben gobernar los actos del CS. Del mismo modo, esta puede ser útil en la determinación del agente capaz de hacerlos valer. En este contexto, se advierte que algunas de las preguntas planteadas a través de opiniones consultivas han sido propiciadas por la creencia de que algún

órgano político de la ONU ha realizado acciones de carácter *ultra vires*⁷²⁰. A fin de aminorar dichas inquietudes, ha sido necesario que la CIJ realice alguna valoración sobre la legalidad de tales actos. De hecho, la revisión incidental a través de su función consultiva, figuró en la jurisprudencia de la Corte tan pronto en su historia como en el año de 1954, cuando al emitir la *Opinión Consultiva sobre los Efectos de las Sentencias del Tribunal Administrativo de Naciones Unidas cuando deciden indemnizaciones del 13 de Julio de 1954*⁷²¹, tuvo que disipar dudas sobre la legalidad del poder de la AGNU para establecer un tribunal competente para formular juicios vinculantes para la ONU. De tal manera, determinó que la AGNU posee la capacidad de ejercer un poder por medio del cual puede establecer un tribunal que administre justicia entre la Organización y su personal. Por consiguiente, tras refrendar sus pronunciamientos anteriores en el sentido de que, bajo el Derecho Internacional, debe de considerarse que la ONU posee tales poderes que pese a no estar expresamente previstos por la CNU, se le confieren por implicación necesaria en cuanto a que son esenciales para el cumplimiento de sus obligaciones⁷²², determinó que, en las circunstancias particulares del caso, el establecimiento de un tribunal administrativo resultaba esencial para el cumplimiento efectivo de las funciones de la Organización.

Un supuesto similar, ocurrió en 1961 en relación con la Opinión Consultiva relativa al asunto de *Ciertos Gastos*⁷²³. En aquella ocasión, la AGNU había solicitado a la CIJ que emitiera una opinión consultiva sobre si los EMNU eran responsables por gastos relacionados con las operaciones de la ONU en el Congo durante los años de 1960 a 1961, así como sobre aquellos concernientes a las operaciones emprendidas en el medio oriente durante la década de los 1950s. El artículo 17(2) de la CNU establece que “[l]os Miembros sufragarán los gastos de la Organización en la proporción que determine la Asamblea General”. De tal manera, la cuestión planteada ante la Corte consistía en determinar si tales actividades constituían gastos de la Organización en el sentido del referido artículo. Con el fin de esclarecer tal interrogante, examinó los gastos realizados

⁷²⁰ Michael Reisman, “The Constitutional Crisis in the United Nations”, *Op. Cit.*, p. 92.

⁷²¹ *Effect of Awards of Compensation made by the U.N. Administrative Tribunal, Advisory Opinion of July 13th 1954: I.C.J Reports 1954*, pp. 56-58.

⁷²² Véase: *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949*, p. 182: Under international law, the Organization must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implication. as being essential to the performance of its duties.

⁷²³ “Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)”, *Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C. J. Reports 1962*.

a la luz de los propósitos y principios de la Organización⁷²⁴. Tal ejercicio, ciertamente constituyó una revisión de las previsiones contenidas en la CNU. No obstante, la Corte rechazó expresamente tener poderes de revisión judicial, tal y como ilustra el siguiente extracto de la citada Opinión Consultiva:

*In the legal systems of States, there is often some procedure for determining the validity of even a legislative or governmental act, but no analogous procedure is to be found in the structure of the United Nations. Proposals made during the drafting of the Charter to place the ultimate authority to interpret the Charter in the International Court of Justice were not accepted; the opinion which the Court is in course of rendering is an advisory opinion. As anticipated in 1945, therefore, each organ must, in the first place at least, determine its own jurisdiction*⁷²⁵.

Asimismo, la Corte se refirió a la circunstancia ocurrida durante la Sesión Plenaria de la AGNU número 1086, celebrada el 20 de diciembre de 1961, en la cual el representante de Francia propuso realizar una enmienda al proyecto de resolución por medio del cual se plantearía la Opinión Consultiva de *Ciertos Gastos*. Esencialmente, la propuesta francesa consistía en preguntar directamente a la CIJ si las resoluciones por medio de las cuales se habían decidido los gastos habían sido adoptadas de conformidad con las previsiones de la CNU. Siendo que la enmienda francesa finalmente fue rechazada, la Corte no consideró necesario exponer hasta qué grado debería tomar en cuenta aquellas circunstancias anteriores a la resolución por medio de la cual finalmente se solicitó la referida Opinión⁷²⁶. No obstante, habiéndosele presentado argumentos basados en el rechazo de la propuesta, consideró lo siguiente:

The rejection of the French amendment does not constitute a directive to the Court to exclude from its consideration the question whether certain expenditures were “decided on in conformity with the Charter”, if the Court finds such consideration appropriate. It is not to be assumed that the General Assembly would thus seek to fetter or hamper the Court in the discharge of its judicial functions; the Court must have full liberty to consider all relevant data available to it in forming an opinion on a question posed to it for an advisory

⁷²⁴ Kamrul Hossain, *Op. Cit.*, p.

⁷²⁵ "Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)", Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C. J. Reports 1962, p. 168.

⁷²⁶ *Ibid.*, pp. 156-157.

*opinion. Nor can the Court agree that the rejection of the French amendment has any bearing upon the question whether the General Assembly sought to preclude the Court from interpreting Article 17 in the light of other articles of the Charter, that is, in the whole context of the treaty. If any deduction is to be made from the debates on this point, the opposite conclusion would be drawn from the clear statements of sponsoring delegations that they took it for granted the Court would consider the Charter as a whole*⁷²⁷.

La interpretación conjunta de los pasajes inmediatamente citados revela que, pese a que claramente negó tener poderes de revisión judicial, al mismo tiempo, la CIJ inequívocamente afirmó su competencia para examinar las decisiones de los órganos políticos de la ONU en aquellos casos en los que considere que estas son relevantes para responder adecuadamente a la cuestión que se le ha planteado. Dicho sea de otro modo, la Corte puede revisar la validez de las resoluciones de los órganos de Naciones Unidas cuando esto sea necesario para el desempeño apropiado de su función judicial. Tan es así, que, al resolver las cuestiones planteadas en la opinión consultiva de *Ciertos Gastos*, superó ampliamente las expectativas de la propuesta francesa puesto que finalmente tuvo que analizar no solo las resoluciones por medio de las cuales la AGNU había autorizado los gastos correspondientes a las operaciones, sino también aquellas en virtud de las cuales se habían puesto en marcha dichas operaciones. Este último grupo, contenía resoluciones tanto de la AGNU como del CS⁷²⁸.

De tal manera, al realizar el examen de las decisiones de los órganos políticos de la ONU a luz de los propósitos y principios de la Organización, la CIJ se pronunció en los siguientes términos:

The primary place ascribed to international peace and security is natural, since the fulfilment of the other purposes will be dependent upon the attainment of that basic condition. These purposes are broad indeed, but neither they nor the powers conferred to effectuate them are unlimited. Save as they have entrusted the Organization with the attainment of these common ends, the Member States retain their freedom of action. But when the Organization takes action which warrants the assertion that it was appropriate for the fulfilment of one of the

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 157.

⁷²⁸ Pilar Pozo Serrano, *Op. Cit.*, 508.

*stated purposes of the United Nations, the presumption is that such action is not ultra vires the Organization*⁷²⁹.

De esta forma, la CIJ reconoció la posibilidad de que el CS, o bien cualquier otro órgano de la ONU, pudiera actuar más allá de su ámbito competencial. No obstante, al mismo tiempo, estableció la presunción de validez de los actos de la Organización siempre y cuando estos sean llevados a cabo en cumplimiento de sus propósitos. Tal presunción, se extiende de forma automática a los actos que realice el CS en virtud del Capítulo VII, debido a que estos tienen por objeto el asegurar y preservar la paz y seguridad internacionales⁷³⁰. En cualquier caso, pese a usar un lenguaje de presunción de validez acerca de las decisiones de los Órganos de Naciones Unidas, la Corte no sugirió que estas gocen de validez absoluta o que estuviesen exentas de revisión judicial alguna⁷³¹.

Tiempo después, en relación con la Opinión Consultiva sobre *Namibia*⁷³², la CIJ tendría que pronunciarse nuevamente sobre las resoluciones del CS a fin de poder ejercer correctamente su función judicial. Dicha Opinión, se generó a raíz del mandato concedido sobre Namibia -entonces conocida como el África Sudoccidental- a Sudáfrica, Estado que terminó imponiendo una política de *apartheid* en la región. Tal situación, propició la emisión de una primera opinión consultiva en 1950⁷³³, a través de la cual, la CIJ determinó que Sudáfrica había incumplido con las obligaciones derivadas del mandato que le había concedido la Sociedad de Naciones. Pese a la decisión, Sudáfrica continuó con su política ilegal de *apartheid*, hasta que, en 1966, la AGNU emitió la resolución 2145 (XXI)⁷³⁴, dando por terminado su mandato sobre el África Sudoccidental. Seguidamente, el CS emitió una serie de resoluciones a través de las cuales decidió que Sudáfrica había violado el mandato. Consecuentemente, dio por terminado el mandato, al tiempo que decidía la retirada sudafricana del territorio en

⁷²⁹ "Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)", Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C. J. Reports 1962, p. 168.

⁷³⁰ Jay Gordon, "The Sword of Damocles: Revisiting the Question of Whether the United Nations Security Council is Bound by International Law", *Chicago Journal of International Law*, vol. 12, n° 2, 2012, pp. 613-614.

⁷³¹ Alexander Orakhelashvili, "The Acts of the Security Council: Meaning and Standards of Review", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 11, n° 1, 2007, p. 192.

⁷³² "Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (Southwest Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)", Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16.

⁷³³ "International Status of South-West Africa, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950, p. 128.

⁷³⁴ Resolución 2145 (XXI) de la Asamblea General de la ONU sobre la Cuestión del África Sudoccidental, de fecha 27 de octubre de 1966.

cuestión. Asimismo, solicitó una nueva opinión consultiva a la Corte sobre las consecuencias jurídicas de la presencia continuada de Sudáfrica en el África Sudoccidental no obstante la resolución 276 (1970)⁷³⁵. Por su parte, Sudáfrica argumentó que la resolución 284 (1970)⁷³⁶, por medio de la cual el CS había solicitado la opinión consultiva era inválida, y, además, tanto dicho Estado como Francia, argumentaron que las resoluciones por medio de las cuales la AGNU había terminado con el mandato tenían carácter *ultra vires*⁷³⁷.

En *Namibia*, la CIJ empleó un razonamiento similar al utilizado en la Opinión Consultiva sobre *Ciertos Gastos*, al declarar nuevamente su falta de poderes de revisión o apelación con respecto a las decisiones tomadas por los órganos políticos de la ONU. Al mismo tiempo, señaló que, habiéndosele presentado objeciones con respecto a tales decisiones, y a fin de poder desempeñar su función judicial, revisaría tales contestaciones antes de pronunciarse sobre los efectos de las resoluciones en cuestión⁷³⁸. De tal manera, determinó la validez de la resolución 2145 (XXI) de la AGNU, considerando que dicho instrumento constituía la expresión del derecho a terminar con una relación convencional -misma que derivaba del mandato- en la que repetida y deliberadamente se habían violado las obligaciones constitutivas del objeto y propósito de tal relación⁷³⁹. Seguidamente, analizó aquellas resoluciones emitidas por el CS, que, ante la falta de capacidad de la AGNU, emitió para poder llevar a cabo la expulsión sudafricana. De esta forma, determinó que habían sido adoptadas de conformidad con los principios y propósitos de la CNU, lo mismo que en concordancia con los artículos 24 y 25 de dicho instrumento. Consecuentemente, las resoluciones resultaban vinculantes para todos los EMNU, razón por la cual se encontraban obligados a aceptar y cumplirlas⁷⁴⁰.

A través del análisis de las Opiniones Consultivas sobre los asuntos de *Ciertos Gastos* y *Namibia*, es posible comprobar que la negación reiterada de cualquier poder de revisión judicial o apelación con respecto a las decisiones de los órganos políticos de la ONU no ha representado, en término prácticos, un obstáculo para que la CIJ se

⁷³⁵ Resolución 290 (1970) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 30 de enero de 1970.

⁷³⁶ Resolución 284 (1970) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 29 de julio de 1970.

⁷³⁷ Kamrul Hossain, *Op. Cit.*, pp. 150-151.

⁷³⁸ “Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (Southwest Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)”, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 45.

⁷³⁹ *Ibid.*, pp.46-47.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, pp. 51-54.

pronuncie sobre la validez de tales decisiones. En este contexto, su carácter de órgano judicial principal de Naciones Unidas, así como su deber de asistir al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales a través de la solución pacífica de controversias, han tenido como corolario el que, para cumplir adecuadamente con dichos propósitos, la Corte haya tenido que pronunciarse ocasionalmente sobre las decisiones del CS. De esta forma, ha refrendado su autoridad para interpretar la CNU. Con todo, se han identificado diversos factores que obligan a señalar ciertos matices que deben tomarse en cuenta al valorar la capacidad revisora de la CIJ.

En primer término, se advierte que, en relación con los asuntos analizados hasta el momento, el examen sobre la validez de las resoluciones del CS ha servido más para confirmar la legalidad de tales decisiones que como un auténtico mecanismo de control de legalidad a sus actos. En este contexto, se observa que el carácter de órgano judicial principal de la ONU, reviste ciertas limitantes importantes que no pueden dejar de considerarse. Una de tales, implica que, necesariamente, al realizar pronunciamientos acerca de las decisiones de los órganos políticos de la ONU, la CIJ se encuentra condicionada por su deber de asistir a la realización de los propósitos y principios contenidos en la CNU. Consecuentemente, posee una fuerte inclinación no solo para contestar cualquier solicitud que se le presente, sino también para facilitar la realización de los objetivos primordiales de la Organización por medio de una conclusión que se encuentre en línea con las preferencias de los órganos políticos. Por ende, mientras mayor sea el grado de conexión institucional entre la Corte y el organismo que haya solicitado la opinión consultiva, mayor será la utilidad que tenga dicha opinión para el órgano solicitante⁷⁴¹.

Ante tales consideraciones, cabe cuestionarse sobre la posibilidad de que la CIJ efectivamente realice un pronunciamiento adverso a los intereses del CS, así como sobre las consecuencias de que esto suceda. Como se ha visto, no existe impedimento jurídico para que, en ejercicio de cualquiera de las dos modalidades jurisdiccionales que se le han conferido, la CIJ afirme la invalidez de un acto del CS (aunque dicha afirmación no conduzca a la nulidad del mismo). No obstante, la constante confirmación de sus decisiones, sugiere que la relación entre ambos Órganos se ha definido principalmente en términos de cooperación. De tal manera, se estima conveniente

⁷⁴¹ Mark Angehr, "The International Court of Justice's Advisory Jurisdiction and the Review of Security Council and General Assembly Resolutions", *Northwestern University Law Review*, vol. 103, n° 2, 2009, pp. 1015-1016.

ahondar en el análisis de la dinámica imperante entre ambas entidades, a fin de esclarecer si la cooperación aludida implica deferencia a las decisiones del Consejo por parte de la Corte o, si, por el contrario, dadas las circunstancias adecuadas, la primera pudiera efectivamente declarar la invalidez de los actos del segundo. Por otra parte, se considera necesario un mayor escrutinio en relación con los efectos de un posible pronunciamiento en el sentido descrito. Posiblemente, la prominencia característica de la CIJ impediría la irrelevancia de tal juicio. Sin embargo, quedan por precisar los efectos jurídicos de un dictamen de tal naturaleza.

Con todo, hay quienes sostienen⁷⁴² que la CIJ no debería interpretar sus funciones de forma más amplia a como se encuentran claramente definidas en el sistema jurídico internacional. Bajo esta línea de pensamiento, la existencia de límites jurídicos a los actos del CS no implica el que la Corte deba fungir como órgano revisor de sus acciones. En consecuencia, su rol no debe interpretarse de forma tal que permita compensar lo que se percibe como un vacío legal. Como se ha visto, ni la CNU ni la jurisprudencia de la CIJ respaldan la idea que esta se encuentra impedida para revisar las acciones de los órganos políticos de la ONU cuando estas sean relevantes para el caso del que se ocupa. De esta forma, se confirma la existencia de poderes que le permiten revisar incidentalmente las decisiones del CS, puesto que, pese a que dicha función no le ha sido conferida por vía constitucional, resulta inherente a la realización adecuada de sus funciones. Por otra parte, la modalidad incidental de revisión ha sido objetada con base a la imposibilidad jurídica de que cualquier decisión de la CIJ resulte vinculante para el CS en términos del artículo 59 de su Estatuto⁷⁴³. Empero, esta no constituye una razón de peso en contra del ejercicio de la revisión judicial, en cuanto a que las limitantes consustanciales a su carácter incidental no devengan en su inutilidad. Por el contrario, ante la ausencia de mecanismos de revisión propiamente instituidos, la revisión incidental puede llegar a constituir el único medio a través del cual pueda obtenerse una interpretación autoritaria e imparcial del derecho aplicable a los actos del CS⁷⁴⁴.

Tal argumento, resulta fortalecido en relación con las opiniones consultivas que pueda emitir la CIJ. Al respecto, puede afirmarse que pese a la ausencia de fuerza

⁷⁴² Jan Wouters & Jed Odermatt, *Op. Cit.*, p. 19.

⁷⁴³ El artículo 59 del ECIJ establece: La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.

⁷⁴⁴ Bernd Martenczuck, *Op. Cit.*, pp. 527-528.

vinculante que las caracteriza, estas, han sido generalmente respetadas debido a la autoridad judicial e imparcialidad de la Corte. Por estas razones, resulta poco probable que una decisión en la cual haya encontrado que el CS ha excedido sus competencias sea tomada a la ligera por los órganos políticos de la ONU, o bien por la comunidad internacional en su conjunto⁷⁴⁵. De tal manera, como correctamente señala Jose Alvarez⁷⁴⁶, no puede asumirse que la jurisdicción consultiva no represente amenaza alguna para el CS. Explica, que tomando en cuenta el alto índice de cumplimiento respectivo a las opiniones consultivas emitidas, así como las dificultades relativas a la ejecución de las sentencias en casos contenciosos, en términos prácticos, las acciones del CS pueden verse igualmente constreñidas por medio de una opinión consultiva que a través de una decisión adversa derivada de un procedimiento contencioso. Señala, que ignorar una opinión consultiva de la CIJ denotaría falta de visión debido a la importancia que este tipo de jurisprudencia reviste para el desarrollo del derecho institucional de Naciones Unidas. Concluye, que algunas de las interpretaciones teleológicas más osadas que ha brindado la CIJ sobre la CNU, han surgido precisamente en función de sus opiniones consultivas, probablemente porque ejerciendo su competencia en un espacio no vinculante, ha podido desenvolverse con mayor libertad.

No obstante, los más recientes desarrollos asociados con la función revisora de la CIJ se han suscitado en el marco de procedimientos contenciosos. En este contexto, cabe recordar la problemática relativa a los sujetos facultados para solicitar una opinión consultiva identificada por la profesora Torrecuadrada⁷⁴⁷. Dicho ejercicio, nos permite comparar las circunstancias en que, de alguna u otra manera, la CIJ se ha visto compelida, o bien llamada, a valorar las resoluciones del CS. Se sostiene, que las particularidades asociadas con los casos relevantes a la revisión que han sido desahogados en procedimientos contenciosos, han generado instancias más adecuadas, jurídicamente hablando, para que la CIJ realice una revisión judicial de más largo alcance que aquel que hasta ahora se ha analizado. Sin embargo, al tiempo en que se ha incrementado la presencia de los requisitos técnicos para que esto ocurra, han disminuido las oportunidades políticas que lo permitan. Como se verá, los casos objeto de análisis representan intentos por aliviar situaciones que, a juicio de los Estados demandantes, emergieron debido a actuaciones cuestionables del CS. De tal manera, las

⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 528.

⁷⁴⁶ Jose E. Alvarez, "Judging the Security Council", *Op. Cit.*, p. 8.

⁷⁴⁷ *Supra* nota 715.

últimas ocasiones propicias para la realización de una revisión judicial, se presentaron en contextos antagónicos que suscitaron condiciones disímiles a aquellas imperantes durante la adopción de las opiniones consultivas analizadas, mismas que pueden considerarse emitidas en torno a la cooperación y subsidiariedad. Por estas razones, dedicaremos espacio al estudio de los casos *Lockerbie* y *Genocidio en Bosnia*⁷⁴⁸, asuntos que, debido a su contenido material de alta sensibilidad política, así como a su naturaleza procedimental contenciosa, reavivaron el interés de la comunidad internacional por seguir explorando el tema de la revisión judicial dentro del sistema jurídico de la ONU. Asimismo, se espera que el examen de los referidos asuntos contribuya a una mayor concreción de los aspectos de la relación entre la CIJ y el CS, mismos que condicionan la interacción entre ambos órganos, así como la manera en que estos pudieran llegar a ser determinantes en la consolidación de una función revisora por parte de la CIJ.

8.2.2 El Desarrollo de la Revisión Judicial por medio de la Jurisdicción Contenciosa

A lo largo de su existencia, la CIJ y el CS han practicado ocasionalmente sus funciones de forma paralela y, a la vez, independiente. En un principio, la conjunción de funciones entre Corte y Consejo se desarrolló armónicamente, razón por la cual, las posibilidades de conflicto entre ambas entidades fueron prácticamente inexistentes. No obstante, otros asuntos han expuesto la posibilidad de que, al actuar simultáneamente, cada órgano llegue a decisiones distintas, incluso contradictorias, sobre un mismo tema. En tales casos, se ha pedido a la CIJ que señale límites jurídicos a los actos de otros órganos, primordialmente al CS, a fin de menguar la inestabilidad parcialmente generada por la inadecuación de la CNU ante ciertas problemáticas contemporáneas⁷⁴⁹.

A diferencia de los casos analizados en el apartado inmediatamente anterior, los asuntos objeto de análisis de la presente y siguiente sección arribaron a la CIJ en forma de demandas. De tal manera, por primera y segunda vez respectivamente, se suscitó la posibilidad de que la Corte realizara una revisión judicial incidental de los actos del CS en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa. De generales ampliamente conocidas, el asunto de *Lockerbie*, resulta en un caso de gran importancia constitucional, debido a que

⁷⁴⁸ “Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)”, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43

⁷⁴⁹ Pilar Pozo Serrano, *Op. Cit.*, p. 473.

coincide con la extraordinaria revitalización del CS, así como con la descompostura de los controles funcionales -como el poder de veto de los Miembros Permanentes del CS- que operaron a lo largo de la guerra fría. Durante esta nueva etapa, el caso fue precipitado debido a la expansión competencial que representó la igualmente innovadora y controversial determinación de amenaza a la paz formulada por el CS a través de la resolución 748 (1992)⁷⁵⁰.

Posteriormente, el desahogo del asunto *Genocidio en Bosnia*, pondría nuevamente sobre la mesa el tema de la revisión judicial incidental por parte de la CIJ en el curso de un procedimiento contencioso. Lo mismo que en *Lockerbie*, la Corte se vio ante una situación en la que potencialmente tendría que revisar la legalidad de ciertas acciones del CS, mismas que guardaban importantes implicaciones constitucionales, no solo en el ámbito interno de la ONU, sino en relación con el orden jurídico internacional general. *Genocidio en Bosnia*, suscitó cuestionamientos sobre la validez de las resoluciones del CS a la luz de las normas de *jus cogens*, problemática que sería abordada nuevamente en relación con la imposición de sanciones selectivas del CS en algunos de los asuntos ventilados ante tribunales domésticos y regionales, que se generarían en relación con la implementación del Régimen 1267 y demás resoluciones antiterroristas. De tal manera, se procede al análisis de los asuntos referidos, con miras a determinar la influencia que han tenido para el desarrollo de la revisión indirecta de las resoluciones del CS.

El 21 de enero de 1992, el CS emitió la resolución 731 (1992) con el fin de ocuparse de las supuestas implicaciones de Libia con actividades constitutivas de terrorismo de Estado. Pese a haber sido adoptada en virtud del Capítulo VI de la CNU, la resolución aludida, contiene lenguaje evocador del artículo 39 de dicho instrumento, numeral que faculta al CS para tomar acción vinculante con respecto a la totalidad de los EMNU. Tal situación, generó cuestionamientos relativos a la clase de ocurrencias que el CS puede llegar a considerar como amenazas a la paz y seguridad internacionales. A su vez, dichas interrogantes, desataron preocupaciones en el sentido de que, si el CS puede determinar que cualquier cosa es constitutiva de amenaza a la paz, este, puede llegar a convertirse en una suerte de dictador mundial. Acorde a tales consideraciones, y

⁷⁵⁰ Michael Reisman, "The Constitutional Crisis in the United Nations", *Op. Cit.*, p. 91.

alegando que las acciones del CS violaban sus derechos bajo la CNU y el Derecho Internacional General, Libia llevó el asunto ante la CIJ⁷⁵¹.

De tal manera, el 3 de marzo de 1992, Libia presentó un par de demandas paralelas contra EEUU y el Reino Unido ante la CIJ. Posteriormente, la Corte emitiría dos fallos en relación con cada una de las demandas presentadas⁷⁵². Primeramente, adoptó la Orden de fecha 14 de abril de 1992, a través de la cual negó las medidas provisionales solicitadas por Libia⁷⁵³. De forma velada, las medidas tenían por objeto impedir acción subsecuente del CS con respecto a la emisión de la resolución 731 (1992). A grandes rasgos, Libia alegaba que las acusaciones formuladas en contra de sus nacionales, constituían una “delito” de acuerdo a los términos del artículo 1 de la Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil de 1971 (la Convención de Montreal)⁷⁵⁴. Añadía, que dicha Convención era el único instrumento vigente entre las partes susceptible de gobernar apropiadamente la disputa. Ante la negativa estadounidense de sujetarse a la Convención, Libia solicitó a la CIJ que indicase medidas provisionales con el objeto de impedir que EEUU tomase cualquier acción encaminada a forzar u obligarla a entregar a sus nacionales a una jurisdicción distinta a la propia⁷⁵⁵.

⁷⁵¹ Michael Reisman, “The Constitutional Crisis of the United Nations”, *Op. Cit.*, p. 86.

⁷⁵² Siendo que las órdenes y sentencias interlocutorias emitidas por la CIJ en relación con las demandas paralelas presentadas por Libia en contra de EEUU y el Reino Unido a raíz del caso *Lockerbie* son prácticamente idénticas, en adelante, con el fin de obviar en repeticiones innecesarias, se hará referencia únicamente a las decisiones de la CIJ en relación con la demanda contra EEUU, tomando en cuenta que al hacerlo, se hace igualmente alusión a aquellas decisiones tomadas con respecto a la demanda instaurada en contra del Reino Unido.

⁷⁵³ “Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie (Lybian Arab Jamahiriya v. United States of America)”, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, pp. 126-127.

⁷⁵⁴ El artículo 1 de la Convención de Montreal establece: 1. Comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente: a) realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia que, por su naturaleza, constituye un peligro para la seguridad de la aeronave; b) destruya una aeronave en servicio o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; c) coloque o haga colocar en una aeronave en servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir tal aeronave o de causarle daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; d) destruya o dañe las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbe su funcionamiento, si tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de las aeronaves en vuelo; e) comunique, a sabiendas, informes falsos, poniendo con ello en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo; 2. igualmente comete un delito toda persona que: a) intente cometer cualquiera de los delitos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo; b) sea cómplice de la persona que los cometa o intente cometerlos.

⁷⁵⁵ “Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie (Lybian Arab Jamahiriya v. United States of America)”, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, p. 119.

Tres días después de haber sido concluida la audiencia oral relativa a las medidas preliminares, el CS emitió la resolución 748 (1992) en virtud del Capítulo VII de la CNU. A través de dicho instrumento, otorgó un carácter vinculante a la recomendación de entrega que había formulado mediante la resolución 731 (1992), al tiempo en que imponía sanciones económicas a Libia con el objeto de forzarla a cumplir con la petición de entrega de los sospechosos realizada por EEUU y el Reino Unido. A partir de entonces, la indicación de las medidas provisionales, hubiese implicado contravenir una decisión vinculante del CS, tomada en cumplimiento de su función primordial de preservar la paz y seguridad internacionales. Tal desarrollo, implicaba que, para pronunciarse sobre la petición de medidas provisionales hecha por Libia, la CIJ tendría que considerar la legalidad de la resolución 748 (1992). De esta forma, la alguna vez imaginativa cuestión acerca de la posibilidad de que el principal órgano judicial de Naciones Unidas realizara alguna suerte de revisión judicial sobre los actos del CS, adquiriría matices de realidad al encontrarse latente dentro de la solicitud de medidas cautelares formulada a la CIJ por el Estado Libio⁷⁵⁶. A solicitud de la Corte, ambas partes presentaron sus respectivas observaciones sobre las posibles implicaciones que la resolución 748 (1992) pudiera tener sobre el procedimiento. En esta ocasión, Libia alegó abiertamente la ilegalidad de la resolución, argumentando que el CS había utilizado su poder de caracterización bajo el Capítulo VII de la CNU, con el fin de prevenir la aplicación de la Convención de Montreal a la disputa. Por su parte, EEUU, contendió que, dado el carácter vinculante de la decisión adoptada por el CS, la indicación de medidas provisionales carecía de objeto debido a la obligación por parte de Libia de aceptar y llevar a cabo las decisiones del CS. De esta forma, emergía la posibilidad de que, por primera vez, la acción paralela entre Corte y Consejo ocurriera en términos disimiles. No obstante, en ejercicio de extrema cautela, la CIJ evitó tal confrontación⁷⁵⁷.

A través de la Orden formulada el 14 de abril de 1992, la CIJ se limitó a señalar que se encontraba obligada en términos del artículo 41 de su Estatuto⁷⁵⁸, a considerar las circunstancias alegadas para la indicación de medidas provisionales. Asimismo, sostuvo

⁷⁵⁶ José E. Alvarez, “Judging the Security Council”, *Op. Cit.*, p. 1.

⁷⁵⁷ Bernd Martenczuk, *Op. Cit.*, p. 521.

⁷⁵⁸ El artículo 41 del ECIJ establece: 1. La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes. 2. Mientras se pronuncia el fallo, se notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas.

que se encontraba impedida para realizar hallazgos definitivos, bien fueran de hecho o de derecho, puesto que dichas cuestiones se relacionaban con los méritos del caso. Por consiguiente, los derechos de las partes para impugnar tales asuntos en la fase de méritos, deberían de permanecer inafectados. De tal manera, considerando que en aquel momento no había sido llamada para determinar otras cuestiones, se abstuvo igualmente de pronunciarse sobre su propia jurisdicción para adjudicar el caso. De igual forma, declaró que, en aquella etapa procesal, no podía pronunciarse sobre los efectos definitivos de la resolución 748 (1992). No obstante, afirmó que cualquiera que hubiera sido la situación con anterioridad a la adopción de dicho instrumento, los derechos alegados por Libia, no podían, a partir de entonces, considerarse apropiados para ser protegidos a través de la indicación de medidas provisionales. Asimismo, señaló que la indicación de las medidas solicitadas por Libia probablemente afectaría los derechos que, *prima facie*, gozaba EEUU en virtud de la resolución 748 (1992)⁷⁵⁹. Finalmente, aunque se abstuvo de considerar la validez de dicha resolución, fundamentó su decisión de negar medidas provisionales en función de una interpretación del derecho de la CNU:

*Whereas both Libya and the United States, as Members of the United Nations, are obliged to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with Article 25 of the Charter; whereas the Court, which is at the stage of proceedings on provisional measures, considers that prima facie this obligation extends to the decision contained in resolution 748 (1992); and whereas, in accordance with Article 103 of the Charter, the obligations of the Parties in that respect prevail over their obligations under any other international agreement, including the Montreal Convention*⁷⁶⁰.

Eventualmente, la demanda libia siguió su curso, generando una nueva ocasión para que la CIJ revisara la resolución 748 (1992) al dictar la sentencia relativa a la fase de objeciones preliminares. Algunos años antes, el CS había emitido la resolución 883 (1993)⁷⁶¹, a través de la cual aumentaba las sanciones impuestas a Libia, al tiempo que exigía el cumplimiento de sus resoluciones anteriores, mostrándose dispuesto a revisar

⁷⁵⁹ “Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)”, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, pp. 126-127.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 126.

⁷⁶¹ Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU 883 (1993), de fecha 11 de noviembre de 1993.

las medidas adoptadas con miras a suspenderlas, una vez que Libia hiciera comparecer a sus nacionales inculpados ante los tribunales competentes de EEUU o el Reino Unido. Siendo que esto no ocurrió, la Corte se vio en la necesidad de dictar la Sentencia Interlocutoria de fecha 27 de febrero de 1998⁷⁶². De tal manera, decidió que gozaba de jurisdicción para conocer el asunto, así como que la demanda libia era admisible.

Con respecto a la jurisdicción, EEUU había alegado la ausencia de una disputa, señalando la irrelevancia de la aplicación de la Convención de Montreal, ante lo que consideraba no un problema de carácter bilateral, sino una cuestión de amenaza a la paz y seguridad internacionales resultante de actividades terroristas patrocinadas por un Estado. Sobre este tema, Libia sostuvo que siendo que las actividades cometidas por sus nacionales encuadraban en el supuesto contemplado por el artículo 1 de la Convención de Montreal, y, que, además no existía otro tratado internacional aplicable al conflicto entre ambos Estados, tal Convención era el único instrumento que podía regir la disputa. Por su parte, considerando la discrepancia de posiciones entre ambas partes, la CIJ sostuvo que efectivamente existía una disputa entre estas sobre la interpretación de la Convención de Montreal. Asimismo, tomando en cuenta la negativa estadounidense a la solicitud libia de someterse a un proceso arbitral en términos del artículo 14(1)⁷⁶³ de tal instrumento, estimó innecesario sujetar a Libia al periodo de espera de seis meses para la presentación de la demanda establecido por dicho numeral, señalando que al auspiciar la resolución 731 (1992), EEUU había dejado clara su intención de no negociar en tales términos⁷⁶⁴.

Adicionalmente, EEUU alegó que, incluso considerando que la Convención de Montreal efectivamente hubiese conferido a Libia los derechos que pretendía, estos, habían sido sobrepasados por las resoluciones 748 (1992) y 883 (1993), como consecuencia de la primacía que, en virtud de los artículos 25 y 103 de la CNU, gozaban

⁷⁶² “Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie” (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Preliminary Objections, Judgement, I.C.J. Reports 1998, p. 115.

⁷⁶³ El artículo 14(1) de la Convención de Montreal establece: Las controversias que surjan entre dos o más Estados contratantes con respecto a la interpretación o aplicación de este Convenio, que no puedan solucionarse mediante negociaciones, se someterán a arbitraje, a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la corte.

⁷⁶⁴ “Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie” (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Preliminary Objections, Judgement, I.C.J. Reports 1998, pp. 122-123.

sobre el resto de las obligaciones libias. Por su parte, tomando en cuenta que ambas resoluciones habían sido adoptadas con posterioridad a la fecha de presentación de la demanda, la CIJ consideró que estas nos podían afectar su jurisdicción, dado que esta había sido propiamente establecida con anterioridad⁷⁶⁵. De forma similar, EEUU había impugnado la admisibilidad de la demanda en base a los efectos nugatorios de las resoluciones aludidas. Nuevamente, la Corte rechazó el alegato estadounidense, considerando que no había impedimento legal alguno para admitir la demanda dado el carácter recomendatorio de la resolución 731 (1992), así como el hecho de que las resoluciones 748 (1992) y 883 (1993) habían sido adoptadas con posterioridad a la presentación de la demanda⁷⁶⁶.

Con todo, la cuestión relativa a la revisión de la resolución 748 (1992), quedaría permanentemente pendiente. Sobre las consideraciones reseñadas, EEUU solicitó a la CIJ decretar la inadmisibilidad de la demanda y dar por terminado el proceso. Sin embargo, la Corte consideró nuevamente que tales cuestiones debían ser atendidas en la fase correspondiente a los méritos. De tal suerte, al pronunciarse sobre la objeción estadounidense, finalmente realizó la siguiente determinación:

The Court concludes [...] that the objection of the United States according to which the Libyan claims have become moot as having been rendered without object does not have "an exclusively preliminary character" ...

*Having established its jurisdiction and concluded that the Application is admissible, the Court will be able to consider this objection when it reaches the merits of the case*⁷⁶⁷.

Como es sabido, la CIJ no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre los méritos del caso puesto que finalmente, ambas partes convinieron resolver la disputa fuera del ámbito de su jurisdicción. Tras largas negociaciones diplomáticas, se acordó que Libia entregaría a ambos sospechosos a fin de que fueran juzgados por un tribunal escocés establecido para tales efectos en los Países Bajos. A cambio, el CS levantó las sanciones a Libia, evitándose de esta forma un conflicto entre la CIJ y dicho Organismo⁷⁶⁸. A primera vista, pudiera parecer que las decisiones tomadas por la Corte durante las etapas

⁷⁶⁵ *Ibid.*, pp. 128-129.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, pp. 130-131.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 134.

⁷⁶⁸ Kamrul Hossain, *Op. Cit.*, pp. 155-156.

preliminares del caso *Lockerbie* tienen muy poco que ofrecer al tema de la revisión judicial. No obstante, es preciso enfatizar que, finalmente, refrendó su jurisdicción para conocer la disputa, reservándose la facultad de revisar las resoluciones pertinentes del CS en una etapa ulterior del procedimiento.

Sin embargo, como se ha señalado en la parte introductoria del presente capítulo, se estima que una de los aspectos más destacables en torno a *Lockerbie*, es el empleo de la modalidad de revisión judicial expresiva. Cabe aclarar, que ésta, no fue inaugurada mediante dicho asunto, sino que, como se desprende del análisis de las opiniones consultivas reseñadas en el apartado anterior, ha sido desarrollada desde las primeras cuestiones que se presentaron ante la CIJ en forma de opiniones consultivas. Dado su carácter no vinculante, pudiera considerarse que, hasta cierto punto, todas las opiniones consultivas de la CIJ pueden asociarse con este modelo de revisión. Del mismo modo, la adopción de opiniones disidentes, separadas y concurrentes entorno a los numerosos asuntos contenciosos ventilados ante la Corte, constituyen ejercicios de revisión judicial expresiva.

De tal manera, a través del último apartado del presente capítulo, se comentará sobre la influencia que ha tenido el ejercicio de la revisión judicial expresiva por parte de la CIJ sobre las respectivas actitudes de los tribunales nacionales y regionales que se han ocupado de resolver las demandas suscitadas en torno a la aplicación de las sanciones antiterroristas del CS. En este sentido, se observa que los términos en los que la CIJ ha venido definiendo su relación con el CS; sin la necesidad de que sus pronunciamientos lo vinculen jurídicamente, resultan fundamentales en el ánimo de los tribunales referidos. Dichos pronunciamientos, han resultado en la desmitificación de ciertos paradigmas, tales como la imposibilidad de resolver jurídicamente los temas que aborda el CS debido a su naturaleza política, o la inmunidad *de facto* que se concede a sus resoluciones debido a la vasta discreción con la cuenta para emitirlos. De haber permanecido latentes en la conciencia de la comunidad internacional, dichos paradigmas, probablemente hubiesen impedido, o por lo menos dilatado considerablemente, el desarrollo de cualquier tipo de control de legalidad sobre las resoluciones del CS. Por tales motivos, se juzga imperativo primero dimensionar el efecto de *Lockerbie* para reafirmar los términos reales de la relación entre ambos órganos de la ONU, así como posteriormente identificar el efecto que dicha reafirmación representa para el alcance de la revisión judicial como ha sido desarrollada

por la CIJ. De esta forma, se espera labrar el camino para comentar la extrapolación de algunos aspectos particulares en el *modus operandi* de la CIJ, que a través de las “expresiones” y “señales” enviadas por esta a lo largo del tiempo, han conseguido permear en diversas judicaturas nacionales y regionales.

8.3 La Relevancia de Lockerbie en el Proceso de Constitucionalización

Con cada vez más frecuencia, resulta posible identificar un creciente reconocimiento expresado por vías judiciales de que el CS, efectivamente, se encuentra sujeto al Derecho Internacional. Del mismo modo, existe cierta disponibilidad por parte de determinados organismos judiciales para emitir fallos en los que se considere la legalidad de las resoluciones del CS. De tal suerte, aunque en asuntos como *Lockerbie* o *Genocidio en Bosnia* gran parte de tales consideraciones fueron expresadas por medio de opiniones individuales, en 1995, a través de la sentencia relativa al paradigmático caso *Tadić*, el TPIY dictaminó que, pese a la gran amplitud de los poderes constitucionales del CS, este, se encuentra sujeto a ciertas limitantes de la misma índole. Asimismo, enfatizó que ni el texto de la CNU, ni su espíritu, conciben a un CS ilimitado por el Derecho⁷⁶⁹. Sin embargo, indiscutiblemente, el desarrollo más significativo en este sentido lo constituyen aquellos casos relacionados con la protección de los derechos concernientes al debido proceso de aquellas personas afectadas por la implementación del régimen de sanciones derivado de la resolución 1267 (1999) y subsecuentes. Como se ha mencionado, pese a las mejoras realizadas con miras a aumentar la protección de los DDHH en forma de garantías procesales de los implicados, todavía, la estructura creada mediante dicho régimen carece de un organismo imparcial ante el cual puedan acudir las personas sancionadas, situación que inevitablemente ha impactado la precisión con la que se designan las sanciones, a la vez que ha contribuido a la permanencia de algunos individuos erróneamente sancionados en las listas negras del CS⁷⁷⁰.

Así las cosas, se juzga que el impacto del caso *Lockerbie* tiene un alcance mucho mayor de aquel que puede inferirse analizando la determinación final de la CIJ, puesto que, pese a que esta resulta trascendental en el sentido de que deja abierta la puerta a la

⁷⁶⁹ IT-94-AR72, Prosecutor v Dusko Tadić a/k/a/ “Dule”, ICTY Appeals Chamber, Interlocutory Judgment on Jurisdiction of 2 October 1995, 28.

⁷⁷⁰ Jay Gordon, *Op. Cit.*, pp. 634-635.

posibilidad de una revisión judicial a los actos legislativos del CS, no permite esclarecer por completo las complejidades inherentes a la relación entre ambos órganos. En este sentido, se juzga que la reserva de la Corte para pronunciarse sobre algunos aspectos del caso, posiblemente pudiera resultar de mayor utilidad en el entendimiento de su relación con el CS. De igual forma, algunas de las opiniones disidentes y separadas de los jueces que conocieron el asunto, resultan realmente esclarecedoras sobre ciertos aspectos claves de dicha temática. Es mi opinión, que, al encontrarse permanentemente observada por la comunidad internacional, las acciones emprendidas por la CIJ, constituyen un referente por excelencia que ciertamente puede contribuir al aumento en la disponibilidad de otros tribunales internacionales, incluso, regionales o internos, para valorar judicialmente las resoluciones del CS. De tal manera, pese a que la falta de revisión judicial *per se* en *Lockerbie* pudiera ser percibida como una insuficiencia por parte de la CIJ, se estima que un análisis en los términos descritos, revelará que sus decisiones en relación con dicho asunto generan repercusiones a largo plazo que resultan trascendentales para la constitucionalización del Derecho Internacional.

8.3.1 El Caso Lockerbie como Reafirmación de la Relación entre la Corte Internacional de Justicia y el Consejo de Seguridad

En respuesta a la solicitud de medidas provisionales realizada por Libia en *Lockerbie*, EEUU declaró que, tomando en cuenta la omisión libia de justificar la urgencia de su petición, así como el desarrollo de las acciones sobre el caso que en aquel momento llevaban a cabo el CS y el SG, la acción solicitada por Libia era innecesaria y podría ser malinterpretada⁷⁷¹. Añadió, que siendo que el CS se encontraba activamente ocupado de la situación objeto de la demanda, la CIJ debería abstenerse de indicar medidas provisionales⁷⁷². Por su parte, Libia señaló que el riesgo de contradicción entre la resolución 748 (1992) y las medidas que había solicitado a la Corte, no tornaban inadmisibles su petición, siendo que no existe jurídicamente competición o jerarquía alguna entre ambos órganos que impida que cada uno ejerza su

⁷⁷¹ “Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie (Lybian Arab Jamahiriya v. United States of America)”, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, p. 119.

⁷⁷² “Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie (Lybian Arab Jamahiriya v. United States of America)”, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, p. 122.

propia competencia⁷⁷³. De tales argumentos, puede inferirse el carácter desigual que representaba la disputa para cada una de las partes. Para Libia, el asunto, tal y como fue presentado ante el CS, constituía meramente una disputa legal originada por un conflicto de jurisdicción y una solicitud de extradición. Por el contrario, EEUU, no solo cuestionaba la existencia de la disputa en sí, sino que, además, contendía que en caso de que esta efectivamente existiese, no podía reducirse a un conflicto legal que meramente involucraba una pregunta bilateral de interpretación convencional, puesto que se trataba más bien de una controversia política relacionada con el terrorismo y, por lo tanto, siendo que implicaba cuestiones relativas al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, requería de una solución multilateral⁷⁷⁴.

No obstante, ambas premisas han sido rechazadas de forma reiterada por la CIJ. El caso de *Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Irán*⁷⁷⁵, resulta ilustrativo en este sentido. Como se recordará, la disputa se originó a raíz de la toma de la Embajada estadounidense en Teherán por parte de un grupo de centenares de personas fuertemente armadas, ocurrida el 4 de noviembre de 1979. Posteriormente, el 9 de noviembre, EEUU solicitó la intervención del CS, a fin de que examinara la situación con carácter urgente. Seguidamente, el 4 de diciembre, el CS adoptó la resolución 457 (1979)⁷⁷⁶, a través de la cual exhortó al Gobierno iraní a liberar de inmediato al personal de la Embajada de EEUU detenido en Teherán. Al mismo tiempo, instó a ambos Estados a adoptar medidas tendientes a resolver pacíficamente las cuestiones pendientes entre ellos de conformidad con los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Días antes, el 29 de noviembre, EEUU había presentado una demandada contra Irán ante la CIJ, solicitando la indicación de medidas provisionales con miras a garantizar la libertad e integridad física de sus nacionales detenidos en dicho Estado⁷⁷⁷. Paradójicamente, al realizar tal solicitud, el representante de los EEUU esgrimió los siguientes argumentos:

⁷⁷³ “Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)”, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, p. 126.

⁷⁷⁴ Vera Gowlland-Debbas, “The Relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case”, *The American Journal of International Law*, vol. 88, n° 4, 1994, pp. 648-649.

⁷⁷⁵ “United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgement, I.C.J., Reports 1980, p. 3.

⁷⁷⁶ Resolución 457 (1979) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 4 de diciembre de 1979.

⁷⁷⁷ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgement, I.C.J., Reports 1980, pp. 4-16.

[T]he Security Council is a political organ which has responsibility for seeking solutions to international problems through political means. By contrast, this Court is a judicial body with the responsibility to employ judicial methods in order to resolve those problems which lie within its jurisdiction. There is absolutely nothing in the United Nations Charter or in this Court's Statute to suggest that action by the Security Council excludes action by the Court, even if the two actions might in some respects be parallel. By contrast, Article 12 of the United Nations Charter provides that, while the Security Council is exercising its functions respecting a dispute, the General Assembly shall not make any recommendation on that dispute -but the Charter places no corresponding restriction on the Court⁷⁷⁸.

Finalmente, la CIJ confirmaría el argumento estadounidense al indicar medidas provisionales el 15 de diciembre de 1979⁷⁷⁹. Seguidamente, el CS emitiría la resolución 461 (1979)⁷⁸⁰, por medio de la cual tomaba nota de la indicación de medidas provisionales, al tiempo que exhortaba nuevamente al Gobierno iraní a liberar inmediatamente a las personas retenidas como rehenes en la Embajada estadounidense. Ulteriormente, al dictar sentencia definitiva sobre el caso, la Corte se referiría a la resolución aludida en los términos siguientes:

[I]t does not seem to have occurred to any member of the Council that there was or could be anything irregular in the simultaneous exercise of their respective functions by the Court and the Security Council. Nor is there in this any cause for surprise. Whereas Article 12 of the Charter expressly forbids the General Assembly to make any recommendation with regard to a dispute or situation while the Security Council is exercising its functions in respect of that dispute or situation, no such restriction is placed on the functioning of the Court by any provision of either the Charter or the Statute of the Court. The reasons are clear. It is for the Court, the principal judicial organ of the United Nations, to resolve any legal questions that may be in issue between parties to a dispute;

⁷⁷⁸ “Oral Arguments on the Request for the Indication of Provisional Measures”, Minutes of the Public Sitzings held at the Peace Palace, The Hague, on 10 December and on 15 December 1979, President Sir Humphrey Waldock presiding, p. 29.

⁷⁷⁹ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgement, I.C.J., Reports 1980, p. 21.

⁷⁸⁰ Resolución 461 (1979) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 31 de diciembre de 1979.

*and the resolution of such legal questions by the Court may be an important, and sometimes decisive, factor in promoting the peaceful settlement of the dispute*⁷⁸¹.

El pasaje aludido confirma que el origen de la competencia de la CIJ para interpretar la CNU, deriva de su carácter de órgano judicial principal de la Organización, mismo que le permite resolver *cualquier* cuestión legal que le haya sido planteada por las partes a una disputa. Asimismo, al señalar la normalidad con que ambos Órganos conciben el ejercicio simultáneo de sus funciones, la CIJ descartó la existencia de una relación jerárquica con el CS. De igual manera, al enfatizar su competencia para resolver cualquier tipo de cuestión legal, rechazó la distinción entre controversias políticas y jurídicas. Anteriormente, había empleado un razonamiento similar durante la resolución del *Caso Relativo a la Plataforma Continental del Mar Egeo*⁷⁸². En aquella ocasión, Turquía había formulado un argumento en el sentido de que, dada la naturaleza altamente política de la disputa, esta, debería de ser rechazada por la Corte a fin de fomentar un clima favorable para los Estados partes de la controversia. Por su parte, la Corte concluyó que una disputa territorial entre dos Estados, difícilmente podría escapar a consideraciones políticas, por lo que, tras considerar que efectivamente existía una disputa legal entre los Estados involucrados, procedió a afirmar su jurisdicción sobre asunto.

De tal manera, se advierte que la jurisprudencia de la CIJ, rechaza la idea de que exista una distinción entre controversias de naturaleza jurídica o política que le impida ejercer su jurisdicción sobre determinado asunto. Asimismo, no ha considerado que el hecho de que el CS se encuentre ocupado de un asunto en particular, constituya un obstáculo para la realización de sus funciones, incluso cuando se trate de asuntos en los que se ventilan cuestiones relacionadas con el uso de la fuerza. Ambas condiciones, se conjuntaron en relación con el asunto sobre *Nicaragua*⁷⁸³. En aquel caso, EEUU argumentó que siendo que Nicaragua se había quejado del uso, o bien de la amenaza del uso de la fuerza en su contra, fácticamente, había formulado una acusación de agresión o conflicto armado en términos del artículo 39 de la CNU. Por esta razón, la disputa solo podía ser resuelta por el CS, actuando acorde a lo previsto en el Capítulo VII de

⁷⁸¹ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Sentencia de la CIJ, I.C.J., Reports 1980, pp. 21-22.

⁷⁸² Aegean Sea Continental Shelf, Sentencia de la CIJ, I.C.J. Reports 1978, pp. 12-13.

⁷⁸³ “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)” Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, pp. 433-435.

dicho instrumento. Por su parte, la Corte consideró que la disputa no versaba sobre un conflicto armado en curso entre Nicaragua y EEUU, sino que más bien, se trataba de un caso que requería de una resolución pacífica entre ambos Estados. En aquel contexto, la CIJ reiteró su paradigmático pronunciamiento en *Ciertos Gastos*⁷⁸⁴, al afirmar que el artículo 24 de la CNU no confiere responsabilidad exclusiva al CS a fin de que este pueda cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y seguridad internacionales. De igual forma, aludiendo al asunto relativo al *Estrecho de Corfú*⁷⁸⁵, recordó que jamás había rehuído de un caso debido a sus implicaciones políticas, o bien debido que suscitara cuestiones relativas al uso de la fuerza. Finalmente, la Corte reafirmó los términos de su relación para con el CS, enfatizando la existencia de una división funcional entre ambos organismos de la siguiente forma:

*While in Article 12 there is a provision for a clear demarcation of functions between the General Assembly and the Security Council, in respect of any dispute or situation, that the former should not make any recommendation with regard to that dispute or situation unless the Security Council so requires, there is no similar provision anywhere in the Charter with respect to the Security Council and the Court. The Council has functions of a political nature assigned to it, whereas the Court exercises purely judicial functions. Both organs can therefore perform their separate but complementary functions with respect to the same events*⁷⁸⁶.

De tal forma, la solicitud de medidas provisionales en el caso *Lockerbie*, así como la jurisdicción de la CIJ para conocer de dicho asunto, tuvieron que ser resueltas en función de la base jurisprudencial que, a lo largo del tiempo, había definido la relación entre Corte y Consejo. No obstante, pese al nutrido acervo jurisprudencial aplicable al caso, las circunstancias que rodeaban al mismo, representaban una serie de complicaciones político-jurídicas que sin lugar a dudas debían ser consideradas por la CIJ. En este sentido, resulta interesante recalcar, que, en los asuntos antes referidos, el ejercicio paralelo de competencias entre ambos organismos, había ocurrido en términos de cooperación, o bien de subsidiariedad. Primeramente, el caso del *Personal*

⁷⁸⁴ “Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)”, Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C. J. Reports 1962, p. 163.

⁷⁸⁵ “Corfu Channel case”, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949, p. 4.

⁷⁸⁶ “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)” Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, pp. 434-435.

Diplomático y Consular de Estados Unidos en Irán, resulta ilustrativo de un ejercicio de colaboración entre los dos órganos principales para resolver la disputa en cuestión. Tan es así, que la CIJ refrendó el argumento estadounidense por medio del cual se justificaba la acción concurrente de ambos órganos acorde a la naturaleza de cada uno, misma que permitía la aplicación de diferentes instrumentos para resolver la disputa. Incluso, en este caso, la Corte indicó medidas cautelares que básicamente reiteraban y desarrollaban algunas de las medidas contenidas en la resolución 457 (1999) del CS⁷⁸⁷.

Sin duda alguna, puede considerarse que la postura sostenida por la entonces Unión Soviética en relación con la crisis de los rehenes en Irán, propició que EEUU haya buscado la asistencia de la CIJ a fin de brindar pronta resolución al asunto. Se recordará, que entre las decisiones contenidas en la resolución 461 (1979), figuraba la determinación por parte del CS de sostener una reunión posterior para que, en caso de que la resolución en cuestión no fuese acatada, se adoptasen medidas efectivas con arreglo a los artículos 39 y 41 de la CNU. No obstante, la acción del Consejo en relación con el caso aludido permaneció dentro de los confines del Capítulo VI de la CNU, debido a que, posteriormente, la Unión Soviética vetaría una propuesta de resolución estadounidense a través de la cual se pretendía imponer sanciones a Irán en términos del artículo 41. De forma similar, en *Nicaragua*, la acción entablada ante la CIJ fue propiciada por la inactividad del CS. Con anterioridad, Nicaragua había sometido un proyecto de resolución ante el Consejo, mismo que fue vetado por los EEUU⁷⁸⁸. Finalmente, en ambos casos referidos, la CIJ indicó medidas provisionales en asuntos de los que paralelamente se ocupaba el CS. Todavía, el hecho de que en *Personal Diplomático y Consular de Estados Unidos en Irán*⁷⁸⁹, la Corte actuara de forma complementaria ante la restricción generada por el veto soviético, y, de manera subsidiaria ante el veto estadounidense en *Nicaragua*⁷⁹⁰, resulta ilustrativo de que, pese al alto contenido político que pueda llegar a tener una cierta disputa, en última instancia y dadas las condiciones adecuadas, la CIJ puede ocuparse de cualquier controversia jurídica, independientemente de que esta se encuentre bajo la consideración del CS.

⁷⁸⁷ Soledad Torrecuadrada García-Lozano, “El Control de Legalidad de las Decisiones del Consejo de Seguridad”, *Op. Cit.*, p. 115.

⁷⁸⁸ Pilar Pozo Serrano, *Op. Cit.*, pp. 483-488.

⁷⁸⁹ “Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)”, Provisional Measures, Order of 15 December 1979, I.C.J. Reports 1979, p. 7.

⁷⁹⁰ “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)”, Provisional Measures, Order of 10 May 1984, I.C.J. Reports 1984, p. 169.

Las acciones referidas implicaron la acción simultánea entre CIJ y CS a petición de la misma parte. Tal circunstancia, no implica la deferencia automática al CS, ni tampoco una obligación por parte de la CIJ de subsanar la inactividad del primero. En todo caso, la jurisprudencia antes analizada revela el empleo de un enfoque casuístico a través del cual, la Corte realiza consideraciones de hecho y derecho de acuerdo a las circunstancias particulares que se le presenten, situación que implica la búsqueda de un cuidadoso balance entre las características fácticas y jurídicas de los asuntos. Como ejemplo, es posible hacer referencia al caso de la *Anglo-Iranian Oil Company*⁷⁹¹, mismo que la profesora Torrecuadrada⁷⁹² describe como “un supuesto de cooperación imposible”. En dicho asunto, se planteó el recurso al artículo 94(2) de la CNU⁷⁹³ para proceder a la ejecución forzosa de la Ordenanza en la que la CIJ indicó medidas cautelares que finalmente nunca se aplicaron. Como es sabido, la disputa se originó cuando tras las medidas de nacionalización de la industria petrolera adoptadas por Irán en 1951, el Reino Unido, en ejercicio de su derecho de protección diplomática, demandó a dicho Estado ante la CIJ tras la nacionalización de la compañía petrolera británica Anglo-Iranian Oil Company Limited. Subsecuentemente, la Corte ordenó una serie de medidas provisionales, mismas que fueron desatendidas por Irán. Ante dicho incumplimiento, el Reino Unido solicitó al CS, con carácter urgente, que hiciera efectiva la decisión de la Corte. Tal petición, resulta controversial en cuanto a que la literalidad del artículo 94(2) específicamente faculta al Consejo para dictar medidas tendientes a la ejecución del “fallo”. En este contexto, el CS decidió posponer los debates sobre el asunto, toda vez que la CIJ no se había pronunciado sobre su competencia para adjudicar el litigio. En cualquier caso, la Corte consideró que los títulos de competencia en los que el Reino Unido había fundado su demanda eran inválidos, por lo que finalmente se declaró incompetente para conocer del conflicto⁷⁹⁴.

Innegablemente, la jurisprudencia de la CIJ confirma la posibilidad jurídica de que esta ejerza su competencia de forma paralela al CS. Asimismo, dicha eventualidad, se encuentra cubierta por algunas previsiones contenidas en la CNU. De tal manera, el

⁷⁹¹ “Anglo-Iranian Oil Co. Case (jurisdiction)”, Judgment of July 22nd, 1952: I.C.J. Reports 1952, p. 93.

⁷⁹² Soledad Torrecuadrada García-Lozano, “El Control de Legalidad de las Decisiones del Consejo de Seguridad”, *Op. Cit.*, p. 114.

⁷⁹³ El artículo 94(2) de la CNU establece: Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.

⁷⁹⁴ Pilar Pozo Serrano, *Op. Cit.*, pp. 476-477.

artículo 35(1) de dicho instrumento⁷⁹⁵, faculta a los EMNU a llevar cualquier controversia susceptible de conducir a fricción internacional ante el CS. Igualmente, el artículo 34⁷⁹⁶, permite al CS investigar toda controversia de dicha naturaleza. Por su parte, el artículo 38(1) del ECIJ⁷⁹⁷, enlista las fuentes que esta deberá aplicar en la resolución de disputas interestatales de acuerdo con el Derecho Internacional. En *Lockerbie*, es posible verificar que los elementos determinados por los artículos referidos para que tanto la CIJ como el CS activen su competencia se encontraban presentes, permitiendo a ambos órganos el desempeño simultáneo de sus respectivas funciones. Por consiguiente, al negar la indicación de medidas provisionales, la CIJ no fundamentó su decisión en virtud de cuestiones relativas a la falta de jurisdicción. De hecho, en la etapa procesal aludida, únicamente tenía que justificar *prima facie* su jurisdicción. En el caso en comento, la conjunción del artículo 36(1) del ECIJ⁷⁹⁸ con el artículo 14(1) de la Convención de Montreal⁷⁹⁹, le bastó para comprobar que no existía una falta de jurisdicción manifiesta, permitiéndole reservar el establecimiento de su competencia para una etapa procesal ulterior. Entonces, la base jurídica para la negación de medidas provisionales, se originó de la desaparición del objeto de la aplicación, es decir, de los derechos aptos para la protección, mismos que dejaron de ser aplicables tras la adopción de la resolución 748 (1992)⁸⁰⁰.

⁷⁹⁵ El artículo 35(1) de la CNU establece: Todo Miembro de las Naciones Unidas podrá llevar cualquiera controversia, o cualquiera situación de la naturaleza expresada en el Artículo 34, a la atención del Consejo de Seguridad o de la Asamblea General.

⁷⁹⁶ El artículo 34 de la CNU establece: El Consejo de Seguridad podrá investigar toda controversia, o toda situación susceptible de conducir a fricción internacional o dar origen a una controversia, a fin de determinar si la prolongación de tal controversia o situación puede poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

⁷⁹⁷ El artículo 38(1) del ECIJ establece: 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

⁷⁹⁸ El artículo 36(1) del ECIJ establece: La competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes.

⁷⁹⁹ El artículo 14(1) de la Convención de Montreal establece: Las controversias que surjan entre dos o más Estados contratantes con respecto a la interpretación o aplicación de este Convenio, que no puedan solucionarse mediante negociaciones, se someterán a arbitraje, a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud del arbitraje las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Cortes Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.

⁸⁰⁰ Vera Gowlland-Debbas, *Op. Cit.*, pp. 646-647.

A través de su determinación, la CIJ respetó las circunstancias creadas por la resolución referida, al tiempo en que se consideró competente para seguir conociendo del fondo del asunto, y, asumir, implícitamente, su competencia para pronunciarse sobre los efectos definitivos de la resolución 748 (1992). De acuerdo con lo arriba señalado, en el desempeño de su función judicial, la Corte debe aplicar el Derecho Internacional. De tal manera, siendo que las resoluciones del CS son instrumentos constitutivos de tal Derecho, procedió correctamente al considerar las resoluciones aplicables al caso *Lockerbie*. De tal suerte, aunque de forma acertada respetó la presunción de validez que en función de sus propios pronunciamientos se ha reconocido a las decisiones del CS, no puede considerarse que, en la fase de méritos, hubiera actuado con deferencia automática ante el Consejo, puesto que su jurisprudencia confirma que tal presunción no es automática y que admite prueba en contrario⁸⁰¹. Ante este escenario, la profesora Pilar Pozo sostiene que en *Lockerbie*, la CIJ afirmó un nuevo principio aplicable a la concurrencia jurisdiccional entre ambos órganos, mismo que enuncia en los siguientes términos: “cuando deba pronunciarse sobre un asunto a propósito del cual el Consejo ya ha adoptado medidas vinculantes, la Corte conserva su competencia pero, conforme a la interpretación conjunta de los artículos 25 y 103 de la Carta, debe hacer prevalecer las obligaciones impuestas por una decisión del Consejo sobre las obligaciones en conflicto derivadas de otros [t]ratados”⁸⁰².

Así las cosas, es posible concluir que ni la primacía de la que gozan las obligaciones impuestas por el CS en virtud del artículo 103 de la CNU, ni la presunción de legalidad inherente a sus resoluciones, pudieran impedir, que bajo las circunstancias que se han vendido precisando, la CIJ revise la validez de tales decisiones. De tal manera, resulta necesario recalcar que la justificación empleada por la Corte para negar la indicación de medidas provisionales no implica una renuncia a su jurisdicción. Por el contrario, sabiéndose impedida para pronunciarse sobre los efectos definitivos de la resolución 748 (1992) durante la etapa procesal en que se encontraba, se ocupó de puntualizar que la indicación de medidas provisionales podría perjudicar los derechos de los que aparentemente, y *prima facie*, gozaba EEUU en virtud de la citada resolución⁸⁰³. Por consiguiente, y pese a las críticas en el sentido de que la CIJ rehuyó la posibilidad de

⁸⁰¹ Pilar Pozo Serrano, *Op. Cit.*, pp. 516-517.

⁸⁰² *Ibid.*, pp. 496-497.

⁸⁰³ “Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie (Lybian Arab Jamahiriya v. United States of America)”, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, p. 127.

pronunciarse sobre la validez de la resolución aludida, no puede considerarse que sus decisiones en *Lockerbie* constituyan una dimisión al ejercicio de su función judicial. A lo mucho, pudiera hablarse de un aplazamiento de sus funciones puesto que el lenguaje utilizado en sus determinaciones, así como sus contantes reiteraciones sobre el carácter procedimental de dicho aplazamiento, sugieren su disponibilidad para considerar las resoluciones del CS durante la fase correspondiente a los méritos, toda vez que dicha cuestión reviste un carácter sustancial, razón por la cual era imposible ventilarla durante las etapas preliminares del proceso⁸⁰⁴.

8.3.2 Los Límites Inherentes a la Revisión Judicial

En relación con el caso *Lockerbie*, resulta lógico considerar, que, a grandes rasgos, la estrategia de cada una de las partes en litigio consistió básicamente en la formulación de acusaciones recíprocas en el sentido de que cada oponente intentaba desvirtuar las funciones del órgano al que había acudido su contraparte con el objeto de obstaculizarlo en el ejercicio de sus competencias. Como se ha relatado, la CIJ no llegó a analizar tal cuestión, puesto que la emisión de la resolución 748 (1992), tornó dichas consideraciones innecesarias. Con todo, y pese a que no puede afirmarse con certeza absoluta, resulta poco probable que la Corte hubiese dictado medidas provisionales, aun en la ausencia de la resolución aludida. En este aspecto, su jurisprudencia confirma rotundamente la posibilidad de que indique medidas provisionales en relación con algún asunto del cual se esté ocupando el CS. No obstante, la Corte carece de facultades para indicar al Consejo que deje de actuar en relación con determinado asunto, así como tampoco cuenta con los atributos necesarios para exigir a los Estados que se abstengan de solicitar su asistencia⁸⁰⁵.

Sin embargo, existen opiniones en el sentido de que de no haberse adoptado la resolución 748 (1992), la CIJ, hubiese podido indicar medidas provisionales. Sobre este tema, la profesora Vera Gowlland-Debbas⁸⁰⁶ considera que el pronunciamiento de la Corte en el sentido de que cualquiera que hubiera sido la situación con anterioridad a la adopción de dicho instrumento, los derechos alegados por Libia, no podían, a partir de entonces, considerarse apropiados para ser protegidos a través de la indicación de

⁸⁰⁴ Iveta Cherneva, *Op. Cit.*, pp. 24-25.

⁸⁰⁵ Pilar Pozo Serrano, *Op. Cit.*, p. 495.

⁸⁰⁶ Vera Gowlland-Debbas, *Op. Cit.*, pp. 647-648

medidas provisionales, claramente da a entender que por sí misma, la emisión de la resolución 731 (1992) en virtud del Capítulo VI de la CNU, no hubiese prevenido la adopción de tales medidas. Incluso, la profesora se remite a las Opiniones Disidentes de los jueces Bedjaoui⁸⁰⁷, Weeramantry⁸⁰⁸ y Ajibola⁸⁰⁹, quienes coincidieron en que la Corte pudo haber afirmado su poder legal e inherente al indicar medidas provisionales de *proprio muto*, llamando a las partes, por ejemplo, a prevenir el agravamiento o bien la prolongación de la disputa.

Los postulados de la profesora Gowlland-Debbas han sido reafirmados por la profesora Pilar Pozo⁸¹⁰, al señalar el principio a través del cual, aun conservando su competencia, al pronunciarse sobre un asunto acerca del cual el CS haya dictado medidas vinculantes, la CIJ debe hacer prevalecer las obligaciones impuestas por una decisión del Consejo sobre las obligaciones derivadas de otros tratados. Evidentemente, la afirmación de dicho principio limita en gran medida el radio de acción de la Corte. Asimismo, obliga a considerar su aplicación en relación con una hipotética sentencia definitiva en la que la Corte se encontrara compelida a pronunciarse sobre los efectos definitivos de una resolución como la resolución 748 (1992). De acuerdo a lo visto, un fallo en ese sentido tendría un alcance sumamente limitado. En primer término, cabe recordar que la Corte se encuentra imposibilitada para reconocer al CS como parte en una disputa. Seguidamente, aun y cuando la Corte realizara una determinación sobre el carácter *ultra vires* de algún acto realizado por el CS, debe considerarse que tal conclusión, se habría construido en ausencia de normas que claramente determinen los efectos de un señalamiento de ilegalidad. Finalmente, aun considerando que efectivamente existieran tales efectos, la Corte, con base a lo prescrito por el artículo 94(2) de la CNU, dependería enteramente del CS para hacerlos valer⁸¹¹. Ante este panorama, una declaración efectiva de nulidad a los actos del CS por parte de la CIJ resulta difícil de concebir.

⁸⁰⁷ Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie (Lybian Arab Jamahiriya v. United States of America)", Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, Dissenting Opinion of Judge Bejaoui, p. 158.

⁸⁰⁸ Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie (Lybian Arab Jamahiriya v. United States of America)", Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, p. 181.

⁸⁰⁹ Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie (Lybian Arab Jamahiriya v. United States of America)", Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, Dissenting Opinion of Judge Ajibola, p. 193.

⁸¹⁰ *Supra* nota 802.

⁸¹¹ Jose E. Alvarez, "Judging the Security Council", *Op. Cit.*, pp. 4-5.

Pese a algunas opiniones en contrario, es generalmente aceptado que la CIJ no puede invalidar una resolución del CS tomada en virtud del Capítulo VII de la CNU⁸¹². Como es sabido, mediante la Opinión Consultiva de *Ciertos Gastos*⁸¹³, la Corte estableció la presunción de legalidad con respecto a los actos de los organismos de Naciones Unidas realizados en función del cumplimiento de sus propósitos. En *Lockerbie*, tal presunción constituyó el fundamento básico para la denegación de medidas provisionales. Ciertamente, el empleo de dicha presunción como factor para determinar la prevalencia de las decisiones del CS en este caso en particular se percibe como adecuado. No obstante, resulta interesante ponderar acerca de sus posibles efectos durante la etapa de méritos. Después de todo, la CIJ se encuentra obligada a resolver cualquier cuestión de hecho o derecho que se le formule adecuadamente. Consecuentemente, puede argumentarse que no debe renunciar a cumplir una obligación derivada de su función judicial con base a una presunción⁸¹⁴. No obstante, la falta de desarrollo asociado con esta área particular del Derecho Internacional, dificulta enormemente la definición de los posibles efectos de una determinación de ilegalidad a los actos de las OI⁸¹⁵.

Tal y como señala Jose Alvarez⁸¹⁶, los efectos de las sentencias de la CIJ, incluso actuando en su modalidad contenciosa, no solo carecen de automaticidad, sino que, además, su alcance se limita a casos concretos y son, a la vez, impredecibles. Considera, que aun asumiendo que la CIJ eventualmente realice una determinación contraria a una resolución del CS cuando este haya tomado acción, o bien se encuentre operando bajo la modalidad del Capítulo VII, resulta poco probable que formule una determinación de nulidad *ab initio* sobre una decisión tomada en tales circunstancias. Tomando en cuenta los límites jurisdiccionales existentes, concluye que, a lo sumo, podría decidir que una decisión particular del Consejo, tal y como ha sido aplicada a las partes de la disputa en las circunstancias específicas del caso, sería ilegal. Pese a su alcance evidentemente limitado, la posibilidad identificada por Alvarez no es baladí. De hecho, existen importantes indicios doctrinales y jurisprudenciales que sugieren una tendencia evolutiva en dicho sentido. Tales consideraciones, se apoyan en la idea que las OI

⁸¹² Mark Angehr, *Op. Cit.*, p. 1011.

⁸¹³ "Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)", Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C. J. Reports 1962, p. 168.

⁸¹⁴ Bernd Martenczuk, *Op. Cit.*, p. 539.

⁸¹⁵ Iveta Cherneva, *Op. Cit.* p. 19.

⁸¹⁶ Jose E. Alvarez, *Op. Cit.*, p.5.

pueden llegar a cometer actos que claramente excedan el alcance de sus competencias, razón por la cual, tales actos deberían de ser considerados como *ultra vires* y carentes de efectos jurídicos, aún en la ausencia de mecanismos específicamente diseñados para la revisión judicial de las decisiones de dichas entidades⁸¹⁷. Tal y como se comentará con más detalle en el apartado inmediatamente posterior al presente, relativo a la revisión judicial expresiva, el TJUE empleo una fórmula similar en la resolución del asunto *Kadi 2008*, al declararse competente para revisar la legalidad de los actos aplicación de las sanciones antiterroristas del CS en casos concretos, dejando incuestionada la legalidad de las resoluciones que les dieron origen en el plano internacional⁸¹⁸.

De tal manera, al tiempo que establecía la presunción de legalidad de los actos de los órganos de la ONU encaminados al cumplimiento de los propósitos de la Organización a través de la Opinión Consultiva de *Ciertos Gastos*⁸¹⁹, la CIJ realizaba una distinción entre ilegalidad procedimental e ilegalidad sustantiva. De esta forma, aclaró que cuando una acción ha sido llevada a cabo dentro del ámbito funcional de la Organización, pero ha sido ejecutada por el órgano equivocado, esta, afecta la estructura interna de la Organización, más no invalida el acto en cuestión. Por ende, la CIJ parece sugerir que únicamente aquellas acciones emprendidas fuera del ámbito competencial de la ONU podrían suscitar cuestionamientos sobre su validez⁸²⁰. Dicha visión, fue compartida por Mr. Chayes, el representante del Gobierno de EEUU, cuando durante la audiencia celebrada para efectos de escuchar argumentos orales en relación con la referida Opinión Consultiva, señaló:

[I]n a sense, the question of validity is logically irrelevant to the decision the Court must make. Suppose, for the sake of argument, that this Court, or some other authoritative organ, were now to determine that the resolutions establishing UFEF and ONUC were “unconstitutional”. The decision could not erase the fact that UNEF and ONUC had existed. They existed by virtue of resolutions adopted without dissenting votes. These resolutions are themselves interpretations of the Charter holding that the actions taken are within the

⁸¹⁷ Ebere Osieke, “The Legal Validity of Ultra Vires Decisions of International Organizations”, *The American Journal of International Law*, vol. 77, n° 2, 1983, p. 248.

⁸¹⁸ *Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo*, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 3 de septiembre de 2008, párr. 286, 288, 298, 299, 326.

⁸¹⁹ “Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)”, Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C. J. Reports 1962, p. 168.

⁸²⁰ Vera Gowlland-Debbas, *Op. Cit.*, p. 672.

*powers granted to the organ adopting the Resolution. Until they are authoritatively set aside, persons or States dealing with the Organization in respect of matters covered by the Resolutions were entitled to regard them as valid and effective, at least in the absence of an important irregularity in the procedure by which they were adopted or a substantive invalidity so patent as to amount to a manifest usurpation*⁸²¹.

En la misma línea, Sir Reginald Manningham-Buller, representante del Reino Unido, expresó lo siguiente:

*In my submission, it is not the case that by means of a mere financial resolution the General Assembly can create an obligation on Member States to make contributions in respect of expenses incurred in furtherance of a manifestly invalid resolution; for instance, a resolution recommending a contravention of a prohibition in the Charter. But, in so far as a resolution is clearly designed to fulfil the paramount purposes of the Charter and in pursuance of such a resolution expenses are duly incurred, for example by the Secretary General under an authority conferred on him under Article 98, these expenses, then, are expenses of the Organization and when made the subject of a financial resolution of the General Assembly do create on apportionment a binding obligation on Member States to pay the assessed contribution*⁸²².

Con todo, es preciso señalar, que, aunque atractiva, la noción de un acto manifiestamente *ultra vires* conlleva ciertas complicaciones cuando se intenta trasladar a una esfera práctica. Primeramente, debe considerarse que establecer una categoría de tales actos puede resultar complicado en extremo. En *stricto sensu*, pudiera razonarse que todos aquellos actos contrarios a los propósitos y principios de la Organización deberían de ser considerados como manifiestamente *ultra vires*. No obstante, dicha premisa se juzga de difícil aplicación. Como ejemplo, puede señalarse que las complicaciones aludidas, resultan identificables en relación con la resolución 1373 (2001) y, por analogía, con respecto al resto de las resoluciones legislativas del CS para la lucha contra el terrorismo. Ciertamente, no puede considerarse que los objetivos perseguidos por tales instrumentos posean carácter *ultra vires*, en cuanto a que se

⁸²¹ "Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)", Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C. J. Reports 1962, Oral Statements, Public Hearings, Held at the Peace Palace, The Hague, from 14 to 21 May and on 20 July 1962, p. 416.

⁸²² *Ibid.*, p. 337.

encuentran en línea con los principios básicos de la Organización y, de igual forma, con la función primordial del CS. Formal o materialmente hablando, no puede determinarse que, en la adopción de tales resoluciones, el CS haya usurpado las funciones de algún otro organismo de la ONU. Incluso, tomando en cuenta que estas hayan podido ser emitidas acorde a competencias excesivamente desarrolladas, la jurisprudencia de la CIJ confirma que las resoluciones de los organismos de la ONU que se apartan de los cánones relativos a la formalidad, conservan la presunción de legalidad. No obstante, la supuesta afectación de los derechos procesales de aquellas personas que alegan haber sido erróneamente sancionadas, permite considerar que la cuestión de la ilegalidad no se extiende a toda la resolución, incluso al acto -legislativo- por medio del cual se adopta, sino que recae sobre la decisión misma de sancionar en cada caso concreto. Esta interpretación, coincide con la postura que ostenta el TJUE al tratar los asuntos relativos a la implementación de las sanciones selectivas del CS⁸²³.

Sin embargo, aun considerando la identificación de un acto manifiestamente *ultra vires*, restaría por definir la cuestión concerniente a quien está facultado para tomar tal decisión. De acuerdo a lo visto, los candidatos idóneos serían el mismo organismo que tomó la decisión, o bien, los propios EMNU. Empero, tal y como demuestra la jurisprudencia analizada, resultaría altamente complicado que el propio CS realice una determinación en ese sentido. Sin embargo, el caso *Lockerbie* resulta ilustrativo de que el incumplimiento por parte de los EMNU puede resultar en un control de legalidad relativamente efectivo⁸²⁴. Por otro lado, pudiera tomarse en cuenta el carácter consensual con el que tradicionalmente se asocia a las decisiones de la OI. De esta forma, puede entenderse que éstas representan acuerdos entre Estados soberanos, razón por la cual, la posibilidad de que sean anuladas parece lejana. Sin embargo, de acuerdo al análisis realizado en la primera parte del presente estudio, se considera, en especial con respecto al caso del CS, que la adhesión a la CNU conlleva un vínculo consensual

⁸²³ Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 3 de septiembre de 2008, párr. 286-288.

⁸²⁴ De manera subsecuente a la ocurrencia del incidente aéreo sobre Lockerbie, la entonces Organización para la Unidad Africana, amenazó con dejar de cumplir las sanciones impuestas a Libia a partir de diciembre de 1998 a menos que se negociara la cuestión relativa a la extradición de los acusados. Tomada tras nueve años de negociaciones infructuosas, la decisión acarrió un peso considerable puesto que fue aprobada por la totalidad de los Miembros de la Organización una vez que estaba claro que el proceso ante la CIJ había llegado a un punto muerto. Más adelante, ampliaremos sobre este tema que algunos autores califican como un “Derecho de Último Recurso”, por ahora, nos basta con puntualizar que existen vías alternativas a la acción judicial que pueden fungir como controles de legalidad a los actos del CS. Véase, Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Op. Cit., p. 382.

extremadamente diluido como para justificar la existencia de un consenso en este tipo de decisiones, especialmente tomando en cuenta la composición del CS, que involucra únicamente la participación de 15 EMNU. Tales cuestiones, difícilmente pudieron haber sido contempladas al momento de redactar la CNU, puesto que el tipo de decisiones que conllevan a la adopción de resoluciones legislativas, simplemente no pudo haber sido anticipado. En este contexto, el entendimiento de la CNU como un instrumento viviente de naturaleza constitucional, resulta útil para contemplar el encuadre de tales desarrollos en un sistema jurídico diseñado para otra época. Por otro lado, cabe cuestionarse sobre la utilidad de identificar una resolución del CS como manifiestamente *ultra vires* si ningún Miembro de la Organización muestra disponibilidad para impugnarla⁸²⁵. Tales consideraciones, adquirieron matices de realidad ante el desahogo del asunto relativo al *Genocidio en Bosnia*.

En respuesta al conflicto sucedido en la Ex Yugoslavia, el CS emitió la resolución 713 (1991)⁸²⁶ en virtud del Capítulo VII de la CNU. Mediante dicho instrumento, instituyó un embargo general y completo a todas las entregas de armamentos y pertrechos militares a Yugoslavia. Pese a utilizar el nombre específico de Yugoslavia, la resolución, tal y como reafirmaría el CS en decisiones subsecuentes, era aplicable a todas las partes del conflicto. Infortunadamente, la acción emprendida por el Consejo sirvió de poco para aliviar el conflicto, pudiendo incluso considerarse que dada la ausencia de balance entre la capacidad armamentista de Serbia y Bosnia-Herzegovina, la resolución aludida fue uno de los diversos factores que habilitaron las políticas serbias de limpieza étnica en cuanto a que Bosnia-Herzegovina se vio imposibilitada para adquirir las armas necesarias para defenderse. Naturalmente, el resultado obtenido no estaba entre los planes del CS. Sin embargo, el caso pone de manifiesto los riesgos que pueden surgir ante una decisión mal calculada por el Órgano. En esta ocasión, siendo que, para ser ejecutadas, las medidas decretadas requerían de la participación de todos los EMNU, la estrategia erróneamente aplicada devengó en una catástrofe de grandes proporciones⁸²⁷.

En este contexto, Bosnia-Herzegovina demandó a Yugoslavia (Serbia) ante la CIJ, fundando su acción en el artículo 9 de la Convención para la Prevención y la Sanción

⁸²⁵ Eber Osieke, *Op. Cit.*, p. 249.

⁸²⁶ Resolución 713 (1991) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 25 de septiembre de 1991.

⁸²⁷ Jay Gordon, *Op. Cit.*, p. 620.

del Delito de Genocidio (Convención sobre el Genocidio)⁸²⁸. De esta forma, solicitó a la Corte que, en reconocimiento de su derecho a la legítima defensa consagrado por el artículo 51 de la CNU⁸²⁹ y el derecho consuetudinario internacional, resolviera y declarara, entre otras cosas, que la resolución 713 (1991) debía ser interpretada de forma tal que no perjudicase su derecho inherente a la legítima defensa. Asimismo, solicitó a la Corte declarar que todas las resoluciones subsecuentes que se refirieran, o bien reafirmaran la resolución aludida, deberían de ser interpretadas en el mismo sentido. Finalmente, requirió a la Corte que decidiese que tales resoluciones no deberían de ser interpretadas como impositivas de un embargo a Bosnia-Herzegovina de acuerdo a lo establecido por los artículos 24(1) y 51 de la CNU y en concordancia con la doctrina *ultra vires*⁸³⁰. Evidentemente, lo mismo que en *Lockerbie*, la parte actora pretendía manejar su demanda ante la CIJ como una suerte de apelación a las decisiones del CS.

De igual forma, Bosnia-Herzegovina solicitó una serie de medidas provisionales que, de haberse indicado en su totalidad, hubiesen contravenido lo dispuesto por el CS a través de la resolución 713 (1991). De tal manera, requirió urgentemente a la CIJ que, considerando las circunstancias que imperaban en aquel momento, decidiese que tenía el derecho de buscar y recibir el apoyo de otros Estados. Tal derecho, comprendía la obtención de armas, equipo y suministros militares con fines de defensa⁸³¹. Por otro lado, Serbia manifestó que siendo que el CS expresamente había indicado que se encontraba actuando bajo la modalidad del Capítulo VII de la CNU, sus decisiones debían de llevarse a cabo según lo dispuesto por el artículo 25 de dicho Instrumento. Por tal motivo, la indicación de medidas del tipo que solicitaba Bosnia-Herzegovina hubiese sido prematura e inapropiada. Por su parte, la Corte consideró que las medidas

⁸²⁸ El artículo 9 de la Convención sobre el Genocidio establece: Las controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia.

⁸²⁹ El artículo 51 de la CNU establece: Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

⁸³⁰ “Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993, p. 6.

⁸³¹ *Ibid.*, p. 8.

rebasaban el alcance de la Convención sobre el Genocidio, razón por la cual no podían ser sujetas a su consideración. No obstante, refrendó su jurisprudencia anterior al recordar que, a diferencia de lo que ocurre con la AGNU, la CNU no contempla una limitante para el ejercicio de competencias paralelas con respecto al CS, por lo que no existe impedimento para que ambos Órganos ejerzan sus funciones sobre un mismo asunto. Finalmente, terminó indicando medidas provisionales únicamente con respecto de aquellos derechos que recaían dentro del ámbito de aplicación de la Convención sobre el Genocidio y que pudieran llegar, en última instancia, a conformar la base de un juicio formulado en ejercicio de su jurisdicción⁸³².

Con posterioridad, Bosnia-Herzegovina ampliaría su solicitud de medidas provisionales, requiriendo a la CIJ que indicase, entre otras cosas, que su Gobierno debería de tener los medios para prevenir la comisión de actos de genocidio contra la gente y el Estado de Bosnia-Herzegovina. Asimismo, pidió que declarase que todos los Estados partes a la Convención sobre el Genocidio se encontraban obligados a prevenir la comisión de actos de genocidio contra su población. Seguidamente, instó a la Corte a determinar que, dadas las circunstancias imperantes, todos los Estados contratantes de dicha Convención deberían de tener la habilidad de proporcionarle armamento, equipo, suministros y personal militar en caso de que se los solicitase. Finalmente, llamó a la Corte a pronunciarse en el sentido de que las fuerzas de Mantenimiento de Paz de la ONU en Bosnia-Herzegovina (UNPROFOR), deberían de hacer todo cuanto estaba en su poder para asegurar el flujo efectivo de suministros de asistencia humanitaria a través de la ciudad bosnia de Tuzla⁸³³.

Por su parte, tomando en cuenta que Bosnia-Herzegovina alegaba la emergencia de nuevas circunstancias, mismas que de acuerdo a su dicho justificaban la ampliación de las medidas provisionales previamente indicadas, la CIJ procedió a analizar la solicitud que se le presentaba. De tal manera, reafirmó su decisión en el sentido de que la única base sobre la cual podría justificarse su jurisdicción era el artículo 9 de la Convención sobre el Genocidio. En consecuencia, se encontraba imposibilitada para ampliar las medidas provisionales solicitadas en función de una nueva serie de títulos alegados por Bosnia-Herzegovina. Asimismo, estimó que las medidas antes referidas se encontraban dirigidas no a los Estados parte de la disputa, sino a Estados o entidades ajenas al

⁸³² *Ibid.*, pp. 18-19.

⁸³³ "Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993, pp. 332-333.

proceso. Seguidamente, determinó que siendo que sus decisiones solo tienen efectos vinculantes entre las partes al conflicto, se encontraba impedida para indicar medidas aclaratorias de los derechos alegados por Bosnia-Herzegovina. De esta forma, concluyó que siendo que las medidas requeridas tenían por objeto clarificar la situación jurídica de dicho Estado para con la totalidad de la comunidad internacional, debía abstenerse de ampliarlas, toda vez que estas rebasaban lo previsto por el artículo 41 de su Estatuto⁸³⁴ en cuanto a que no estaban destinadas a proteger los derechos dimanados del único título que se había determinado como la base jurisdiccional de la Corte, a saber, el artículo 9 de la Convención sobre el Genocidio⁸³⁵.

Como resultado de las consideraciones anteriores, la CIJ evitó nuevamente pronunciarse sobre los efectos de las decisiones del CS. No obstante, de forma individual, el Juez Lauterpacht⁸³⁶ estimó necesario considerar la posibilidad de un eventual desafío a una resolución del CS en un contexto similar al ofrecido por *Genocidio en Bosnia*. Asimismo, razonó sobre la posibilidad formal de hacer operativo un fallo de la Corte en dicho sentido. De esta forma, advirtió que no puede cuestionarse la existencia de un poder que permite a la CIJ revisar las decisiones del CS. No obstante, observó que tal poder se encuentra limitado y, que, además, no comprende el derecho de la Corte para sustituir su discreción por la del CS en la determinación de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz, o un acto de agresión. Por otro lado, señaló que la CIJ, en cuanto a órgano judicial principal de la ONU, tiene la obligación de asegurar el cumplimiento del derecho por parte de todas las entidades de la Organización. Por esta razón, se encuentra obligada a procurar su adherencia a las reglas que gobiernan la operación de dichos organismos. Seguidamente, tras recordar que en *Lockerbie* se había interpretado exhaustivamente los poderes del CS, determinando que, en virtud de la conjunción de los artículos 25 y 103 de la CNU, las decisiones adoptadas de acuerdo al Capítulo VII deberían de prevalecer sobre cualquier otra obligación derivada de un acuerdo internacional, se pronunció en el siguiente sentido:

⁸³⁴ El artículo 41 del ECIJ establece: 1. La Corte tendrá facultad para indicar, si considera que las circunstancias así lo exigen, las medidas provisionales que deban tomarse para resguardar los derechos de cada una de las partes. 2. Mientras se pronuncia el fallo, se notificarán inmediatamente a las partes y al Consejo de Seguridad las medidas indicadas.

⁸³⁵ “Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993, pp. 337-345.

⁸³⁶ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993, I.C.J. Reports 1993, Separate Opinion of Judge Lauterpacht, p. 439.

The present case, however, cannot fall within the scope of the doctrine just enunciated. This is because the prohibition of genocide, unlike the matters covered by the Montreal Convention in the Lockerbie case to which the terms of Article 103 could be directly applied, has generally been accepted as having the status not of an ordinary rule of international law but of jus cogens. Indeed, the prohibition of genocide has long been regarded as one of the few undoubted examples of jus cogens...

The concept of jus cogens operates as a concept superior to both customary international law and treaty. The relief which Article 103 of the Charter may give the Security Council in case of conflict between one of its decisions and an operative treaty obligation cannot - as a matter of simple hierarchy of norms - extend to a conflict between a Security Council resolution and jus cogens. Indeed, one only has to state the opposite proposition thus - that a Security Council resolution may even require participation in genocide - for its unacceptability to be apparent.⁸³⁷

De forma inequívoca, la postura asumida por el Juez Lauterpacht⁸³⁸ confirma la emergencia de cierta disponibilidad por parte de la CIJ para considerar seriamente a la revisión judicial como una de las funciones que se encuentra llamada a desempeñar. Incluso, tras descartar de lleno la posibilidad de que el CS llegue a tomar intencionalmente una determinación contraria a una norma de *jus cogens*, consideró los posibles efectos jurídicos de una resolución que pudiera tener como corolario tal resultado. De esta forma, estimó que, en estricta lógica, pudiera considerarse que a partir del momento en que la operación del embargo decidido a través de la resolución 713 (1991) comenzó a convertir a los EMNU en agentes accesorios al genocidio, estos, se hubiesen encontrado en libertad de no acatarla en cuanto a que dicho instrumento se hubiese tornado inválido y carente de efectos vinculantes con respecto a la operación en Bosnia-Herzegovina. No obstante, reconociendo que los hechos que pudieran conducir a tal conclusión son debatibles, sugirió la posibilidad de que, acorde a las realidades del caso, la Corte se hubiese limitado a llamar la atención del CS en cuanto a la importancia

⁸³⁷ *Ibid.*, p. 440.

⁸³⁸ *Ibid.*, p. 440-441.

del *jus cogens* para el caso en cuestión, a fin de que este guardara la debida atención al asunto en futuras consideraciones sobre el embargo⁸³⁹.

Así las cosas, se estima que la Opinión del Juez Lauterpacht permite realizar un par de inferencias de importancia cardinal para el estudio que se realiza. En primer término, se entiende que el reconocimiento innegable sobre el carácter jerárquicamente superior de las normas de *jus cogens* en relación con la CNU evidencia el ascenso de un orden jurídico internacional sustentando en valores comunes, considerados de la más alta importancia por la comunidad internacional en su conjunto. Asimismo, las consideraciones relativas a una eventual declaración de ilegalidad con respecto a las decisiones del CS, permiten entrever la posibilidad de que un pronunciamiento en ese sentido produzca efectos comparables a la nulidad. De esta forma, aunque difícilmente pudiera considerarse que un pronunciamiento de la Corte pudiera retrotraer completamente los efectos de una resolución del CS, resulta posible concebir un escenario en el cual, una decisión particular del Consejo, tal y como ha sido aplicada a las partes de una disputa en las circunstancias específicas de un caso particular, pudiese ser considerada como ilegal y, por tanto, exenta de cumplimiento.

Dicha premisa, encuentra soporte en el único caso en que la CIJ ha decretado la “inconstitucionalidad” de un acto realizado por una OI. En la Opinión Consultiva sobre la Constitución del Comité de Seguridad Marítima de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental (OCMI), la Corte decidió que el Comité de Seguridad Marítima elegido por dicha Organización el 15 de enero de 1959 no había sido constituido de conformidad con la Convención por medio de la cual se había establecido la Organización⁸⁴⁰. Con posterioridad, la Asamblea de la OCMI haría efectivo el fallo de la Corte al disolver el Comité impropriamente constituido. No obstante, al hacerlo, no

⁸³⁹ Cabe mencionar, que la CIJ emitió otra sentencia relativa al asunto Genocidio en Bosnia. Dicha sentencia, se origina a raíz de una demanda presentada por la República Federal de Yugoslavia por medio de la cual solicitó la revisión del fallo adoptado por la CIJ el 11 de julio de 1996. Por medio de tal demanda, la República Federal de Yugoslavia pretendía obtener una revisión alegando el descubrimiento de nuevo hechos que permitían tal solicitud en términos del artículo 61 del ECIJ. Por su parte, la Corte consideró que los hechos alegados cumplían con las exigencias de tal numeral, en cuanto a que, al momento en que habían rendido la sentencia de 1996, eran conocidos tanto por la propia Corte, como por la parte que solicitaba la revisión. Por otro lado, la sentencia no trata cuestiones relativas a la revisión judicial. Véase: Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia c. Bosnia and Herzegovina), Judgment, I.C.J. Reports, 3 de febrero de 2003.

⁸⁴⁰ “Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization”, Advisory Opinion of 8 June 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 171.

consideró que la decisión inicial de instaurar dicho Comité se encontrara viciada de nulidad *ab initio*. Por el contrario, entendió que la nulidad se había tornado efectiva en el momento en que la CIJ emitió su Opinión Consultiva⁸⁴¹.

De acuerdo al ejemplo anterior, pudiera concebirse la existencia de un mecanismo de revisión no vinculante, por medio del cual, la conducta subsecuente de una determinada Organización constituiría el medio para hacer efectiva la nulidad de un acto *ultra vires*. Tal mecanismo, tendría la ventaja de no mermar la efectividad de un órgano político que, como el CS, pudiera ver perjudicado su funcionamiento por una situación en la que sus resoluciones fuesen consideradas nulas desde el momento de su adopción. No obstante, la aplicación de dicho dispositivo tendría como desventaja una amplia dependencia sobre la disponibilidad del Consejo para aceptar la determinación de la CIJ y actuar en consecuencia. Sin embargo, un fallo de ilegalidad sobre las acciones del CS, por lo poco probable que sea en la práctica actual, ciertamente suscitaría cuestionamientos relativos a su legitimidad. Tal circunstancia, probablemente obligaría a una reconsideración de sus decisiones, lo mismo que prevendría futuras ocurrencias de índole similar. Finalmente, una revisión judicial en los términos descritos permitiría lograr un balance en el desempeño paralelo de funciones entre ambos órganos. Por un lado, refrendaría la autoridad de la CIJ como órgano judicial principal de la ONU, misma que la caracteriza como guardiana de la legalidad de la Organización. Por otro lado, permitiría al CS operar libre de preocupaciones relativas al mantenimiento de su efectividad. En este sentido, el mecanismo descrito implicaría la existencia de distintos grados de nulidad que únicamente bajo las circunstancias más graves pudieran llegar a obstaculizar el debido funcionamiento del CS. De esta forma, un acto adoptado en contravención del tratado fundacional de cierta organización, como, por ejemplo, la CNU, padecería de nulidad relativa por lo que mantendría sus efectos, anulándose únicamente el acto ilegal de aplicación. Por otra parte, un acto contrario a una norma imperativa de Derecho Internacional, sufriría de nulidad absoluta por lo que sería considerado nulo desde su origen⁸⁴².

Como se verá en el apartado inmediatamente posterior, este tipo de consideraciones fueron centrales en la resolución del asunto conocido como *Kadi I*⁸⁴³, resuelto por el

⁸⁴¹ Vera Gowlland-Debbas, *Op. Cit.*, p. 672.

⁸⁴² *Ibid.*, p. 673.

⁸⁴³ El asunto relativo a la causa Kadi ha dado lugar al desahogo de dos juicios distintos resueltos por el TJUE. En adelante, se aludirá a tales asuntos como “Kadi I” y “Kadi II” respectivamente. Ambos asuntos

TJUE⁸⁴⁴ a través de la emisión de las sentencias *Kadi 2005* y *Kadi 2008*. Por ahora, se observa que, pese al escepticismo prevalente en algunos sectores, existen consideraciones tanto fácticas como jurídicas, que permiten considerar seriamente la posibilidad de revisión judicial a los actos del CS por parte de la CIJ. Asimismo, se entiende que un fallo de ilegalidad por parte de la Corte no estaría desprovisto de efectos jurídicos. Por el contrario, con base en el razonamiento del Juez Lauterpacht en *Genocidio en Bosnia* es posible vislumbrar el comienzo de una tendencia a través de la cual, las normas imperativas de Derecho Internacional, así como las obligaciones *erga omnes* que de estas derivan, participan en un proceso de concretización que permite sustraerlas de un plano eminentemente teórico para tornarlas justiciables. Aunque incipiente, la propensión aludida ha trascendido los confines del sistema ONU, materializándose en la jurisprudencia de ciertos tribunales regionales y domésticos que, ante la imposibilidad jurídica de nulificar una resolución del CS han invalidado los actos internos por medio de los cuales se han aplicado las sanciones controvertidas dimanadas de los Regímenes 1267 y 1373.

se componen por dos sentencias. En adelante, se aludirá a la primera sentencia de Kadi I, rendida por el TPI en primera instancia como “Kadi 2005”. Asimismo, la sentencia en apelación de Kadi I rendida por el Tribunal de Justicia (TJ) será referida como “Kadi 2008”. Asimismo, se hará referencia a la primera sentencia de Kadi II, rendida por el Tribunal General (TG) como “Kadi 2010”. Finalmente, se hará referencia a la sentencia en apelación de dicho asunto, rendida por el TJ como “Kadi 2013”. Véase respectivamente: Asunto T-315/01, Kadi c. Consejo y Comisión, sentencia del 21 de septiembre de 2005 (Kadi 2005); Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 3 de septiembre de 2008, (Kadi 2008); Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea, asunto T 85/09, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Séptima), Sentencia del 30 de septiembre de 2010, Sentencia (Kadi 2010); Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea, asuntos acumulados C 584/10 P, C 593/10 P y C 595/10 P, Tribunal General de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 18 de julio de 2013, (Kadi 2013).

⁸⁴⁴ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea consta de dos órganos. Uno de ellos, es el Tribunal de Justicia encargado de resolver las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales, ciertos recursos de anulación y los recursos de casación. El otro, es el Tribunal General que se encarga de resolver los recursos de anulación que interponen los particulares, las empresas y, en algunos casos, los gobiernos nacionales. Esto significa que, en la práctica, el tribunal se ocupa sobre todo de la legislación sobre competencia, ayudas estatales, comercio, agricultura y marcas comerciales. Previo al 2009, este último Tribunal fue conocido como el Tribunal de Primera Instancia. En adelante, por razones de Estilo, se hará referencia a este último tribunal como el Tribunal de Primera Instancia (TPI) cuando se aluda a los asuntos resueltos antes del 2009. En adelante, cuando se aluda a aquellos asuntos resueltos con posterioridad al 2009, se hará referencia al Tribunal General (TG). Asimismo, se aludirá al Tribunal de Justicia (TJ) para referirse a las cuestiones prejudiciales, recursos de anulación y recursos de casación resueltos por dicho organismo. De igual forma, para hacer referencia al órgano compuesto por ambos tribunales con posterioridad al 2009, se hará referencia al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Finalmente, cuando se aluda a este último órgano en un contexto anterior al 2009, se hará referencia al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

8.3.3 Hacia un Modelo de Revisión Judicial Expresiva

Es posible ubicar a algunos autores para quienes la actuación de la CIJ en *Lockerbie* es comparable a aquella de la Corte Suprema de los EEUU en la ventilación del paradigmático caso *Marbury c. Madison*⁸⁴⁵, a través del cual, pese la ausencia de una previsión constitucional que estableciera la revisión judicial, el máximo tribunal estadounidense instituyó tal figura en dicho Estado. De esta forma, al tiempo en que confirmó la legalidad de un acto realizado por un órgano gubernamental de naturaleza política, la Corte Suprema estadounidense se adjudicó el poder para decidir sobre la legalidad de cualquier acto realizado por la rama política del Gobierno de su país. Para Thomas Franck⁸⁴⁶, ambos casos ejemplifican escenarios en donde el ejercicio de poderes de forma *ultra vires* y *mala fide* por parte de órganos políticos propicia una reacción de los tribunales ante la necesidad de atender dicha situación. De acuerdo con el citado autor, la CNU se asemeja a la Constitución de EEUU en varios aspectos importantes. Primeramente, advierte que al igual que dicho instrumento, la Carta establece un sistema para el ejercicio de poderes asignados a órganos políticos, en este caso, la AGNU y el CS. Asimismo, al ser un tratado que enumera poderes delegados, establece restricciones implícitas al ejercicio de tales poderes. Incluso, lo mismo que la Constitución estadounidense, la Carta no confiere a la rama judicial de su ordenamiento jurídico poderes de revisión con respecto a los actos de los órganos políticos. De tal manera, Franck concluye que en *Lockerbie*, la CIJ se encontró en una posición similar a aquella de la Suprema Corte de los EEUU en *Madbury c. Madison*, en el sentido de que tuvo que construir su propio rol a fin de dar respuesta a la demanda presentada por Libia.

En lo particular, se juzga difícil considerar que a través de *Lockerbie* la CIJ haya desarrollado poderes de revisión de tan largo alcance como aquellos que ostenta la Suprema Corte de los EEUU. Si bien se coincide con que ciertos elementos básicos del caso son comparables fácticamente a algunas particularidades relativas a *Madbury c. Madison*, se estima que la estructura jurídica resultante de la CNU, no permite, por lo menos a corto y mediano plazo, un cambio tan radical en el funcionamiento de la CIJ. Sin embargo, no debe subestimarse el impacto que la resolución de dicho asunto, así

⁸⁴⁵ “*Marbury v. Madison*”, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁸⁴⁶ Thomas M. Franck, “The “Powers of Appreciation”: Who is the Ultimate Guardian of UN Legality?”, *The American Journal of International Law*, vol. 86, n° 3, 1992, pp. 519-520.

como de todos aquellos en los que la CIJ ha valorado incidentalmente la legalidad de las resoluciones del CS. En este contexto, se sugiere que es incorrecto asumir que la revisión judicial que pudiera emerger en el plano onusiano, revestirá características análogas a los modelos internos de revisión. Siendo que gran cantidad de autores conceptualizan la figura de la revisión en términos similares, pasan por alto el hecho de que su implementación, no es una opción que la CIJ pueda rápidamente asumir. Por el contrario, incluso en los sistemas domésticos, la revisión judicial ha surgido de forma gradual e incremental. De esta forma, la fijación en asuntos como *Lockerbie* o *Genocidio en Bosnia* puede llegar a condicionar su verdadero alcance. Más allá de la lejana posibilidad de una declaración de nulidad por parte de la CIJ, el concepto de *revisión judicial expresiva* comprende la opción de deslegitimar las acciones excesivas de un órgano como el CS⁸⁴⁷. Por medio de dicho proceso, la CIJ puede sujetar al CS a un diálogo continuo a través de sus pronunciamientos, incluso, de las opiniones individuales, concordantes y disidentes de sus jueces, aún y cuando sus decisiones confirmen los actos del CS, o bien nieguen su propia jurisdicción⁸⁴⁸.

Más allá de la amenaza que pueda representar un eventual fallo de nulidad por parte de la CIJ, las órdenes emitidas en *Lockerbie* fungieron como una advertencia al CS para que, en el futuro, ejercitara mayor cautela al emprender acciones similares, especialmente en relación con cualquier acto contrario a una obligación internacional que pudiera ser objeto de consideración por su parte. Asimismo, las opiniones separadas, concordantes y disidentes de los Jueces que conocieron el caso, constituyen señales emitidas con miras a que el CS internalice los límites que se le proponen y se autorregule con el objeto de prevenir futuras situaciones que puedan poner en entredicho la legalidad de sus actos de acuerdo a la CNU, así como de evitar la amenaza de litigios subsecuentes⁸⁴⁹. Por medio de la noción de revisión judicial expresiva, puede explicarse la relevancia de Opiniones Individuales como aquella formulada por el Juez Lauterpacht en *Genocidio en Bosnia*. Resulta evidente, que, al reconocer el desbalance entre las fuerzas armadas de las partes en conflicto, así como la posibilidad de que la decisión del CS haya agravado dicha situación, el Juez Lauterpacht realizaba un llamado a la cautela en relación con acciones de dicha naturaleza. Asimismo, el señalamiento en el sentido de que la primacía de las obligaciones derivadas de la CNU

⁸⁴⁷ Jose E. Alvarez, "Judging the Security Council", *Op. Cit.*, pp. 6-8.

⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 28.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 30.

no es oponible a una norma de *jus cogens*, constituye una clara advertencia no solo para el Consejo, sino para la propia CIJ, sobre el sentido en que debe interpretarse una norma que, dadas las condiciones del caso, no pudo ser considerada en ese momento.

De tal manera, resulta posible advertir la influencia de la CIJ en la actividad de algunos de los tribunales regionales y nacionales que se han ocupado de ventilar las demandas relativas a la aplicación de las sanciones selectivas del CS para la lucha contra el terrorismo. En la siguiente y última parte de la presente tesis doctoral, habrá de describirse el proceso mediante el cual, los tribunales que actúan principalmente en el espacio geográfico europeo, han logrado desarrollar su propia versión de la revisión judicial expresiva, lo cual, les ha permitido alcanzar una serie de decisiones que han conducido al control judicial indirecto de las resoluciones del CS por medio de la anulación de los actos a través de los cuales se ejecutan las sanciones antiterroristas. Tal empresa, no hubiese podido realizarse por un solo tribunal, ni tampoco en un entorno en donde los órganos judiciales involucrados hubiesen optado por actuar de manera aislada. Sin embargo, ciertos aspectos que han sido claves en el desarrollo de la jurisprudencia aludida, tienen su génesis precisamente en la revisión expresiva que ha venido desempeñando la CIJ desde sus orígenes.

A manera de preludio, se estima conveniente analizar algunos aspectos de las opiniones separadas de los jueces partícipes de asuntos como *Lockerbie* y *Genocidio en Bosnia*, que han fungido como directrices de los tribunales nacionales y regionales al momento de abordar las demandas derivadas de la implementación de las resoluciones del CS. Siendo que desbordaría el objeto de nuestro estudio analizar todas aquellas decisiones de la CIJ que han influido la jurisprudencia de tribunales regionales y domésticos a lo largo de la historia, el análisis propuesto se limitará a destacar algunos aspectos puntuales de los casos analizados en la presente sección. Del mismo modo, teniendo en cuenta que la sección inmediatamente posterior se dedicará al análisis de las decisiones emitidas por los tribunales nacionales y regionales en el contexto que nos ocupa, habrán de comentarse solamente algunos aspectos que se considera contribuyeron a moldear, incluso, a replantear, la línea jurisprudencial desarrollada por los tribunales aludidos en torno al control de legalidad de los actos que implementan las resoluciones legislativas del CS. Finalmente, cabe señalar que la revisión judicial expresiva constituye un mecanismo informal, por medio del cual, cada operador jurídico contribuye los razonamientos que estima adecuados a la resolución de un fin común. No

obstante, a la resolución de dicho objetivo común no antecede a ninguna declaración de intención formal, sino que se constituye a través de un incremento generalizado en la conciencia de los órganos judiciales involucrados, a través del cual, resulta posible encauzar hasta cierto grado los desarrollos normativos objeto de control.

A través de sus respectivas opiniones separadas, concurrentes y disidentes, los magistrados que conocieron del asunto *Lockerbie*, evidenciaron cierta disponibilidad para valorar las resoluciones del CS. No obstante, tal aseveración debe de ser propiamente matizada, puesto que, al igual que las ordenes y sentencias previamente analizadas, las opiniones individuales referidas, reflejan una actitud cautelosa por parte de los magistrados. Tal es el caso de la Opinión Separada del Juez Shahabuddeen⁸⁵⁰, a través de la cual, expresó la imposibilidad de que la CIJ hubiese llegado a una conclusión distinta sobre la indicación de medidas provisionales una vez que el CS adoptó la resolución 748 (1992), en tanto que en aquella etapa procesal debía presumirse su validez. No obstante, lo mismo que recalca que el hecho de que la indicación de tales medidas hubiese entrado en conflicto directo con una decisión del CS, aclaraba que tal situación derivaba no de una colisión competencial entre Corte y Consejo, sino de una colisión entre las obligaciones procedentes de las Convención de Montreal y aquellas dimanadas de la CNU. Por ende, las últimas debían de prevalecer. Con todo, al igual que hizo la CIJ, el Juez Shahabuddeen parece haberse rehusado a cerrar por completo la puerta a la revisión judicial, cuando, al ponderar sobre el desafío libio a las resoluciones del CS, se pronunció en los siguientes términos:

The question now raised by Libya's challenge to the validity of resolution 748 (1992) is whether a decision of the Security Council may override the legal rights of States, and, if so, whether there are any limitations on the power of the Council to characterize a situation as one justifying the making of a decision entailing such consequences. Are there any limits to the Council's powers of appreciation? In the equilibrium of forces underpinning the structure of the United Nations within the evolving international order, is there any conceivable point beyond which a legal issue may properly arise as to the competence of the Security Council to produce such overriding results? If there are any limits,

⁸⁵⁰ “Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)”, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, pp. 140-141.

*what are those limits and what body, if other than the Security Council, is competent to say what those limits are?*⁸⁵¹

Pese a que como se señala, puede percibirse cierta disponibilidad por valorar las resoluciones del CS, resulta evidente que la Opinión del Juez Shahabuddeen denota cierta frustración ante una problemática que deriva de los amplios poderes del CS y la vasta discreción con la que cuenta para ejercerlos. Entre líneas, puede detectarse cierta inquietud que indica un interés por parte del Juez por encontrar vías para controlar decisiones del CS como las que fueron objeto de impugnación en *Lockerbie*. Al mismo tiempo, se infiere un señalamiento respectivo a la necesidad de encontrar límites a los actos del CS, así como las vías adecuadas para implementarlos ante las barreras estructurales que para tales efectos presenta el ordenamiento jurídico de la ONU. Sin lugar a dudas, las cuestiones planteadas por el Juez Shahabuddeen tienen relevancia directa para los asuntos que se ventilarían ante ciertas instancias regionales y locales en relación con la implementación de las sanciones selectivas del CS. Pese a que en dichos asuntos se alegaban vulneraciones a los derechos de particulares, y no de Estados como sucedió en *Lockerbie*, se trató también de una situación en la que el alargamiento competencial del CS, condujo a situaciones que hasta hace relativamente poco tiempo eran inconcebibles y, que al igual que este último asunto, evidenciaron la necesidad de instaurar controles de legalidad a los actos del CS.

Una de las primeras oportunidades en las que un tribunal regional tuvo ocasión de pronunciarse sobre la implementación de las sanciones selectivas del CS para la lucha contra el terrorismo, fue aquella que dio lugar a la sentencia *Kadi 2005*. En dicho asunto, el TPI se abstendría de controlar los actos de ejecución de las sanciones derivadas de la implementación de la resolución 1267 (1999), declarándose incompetente para verificar, aun de manera indirecta, las resoluciones del CS, excepto a la luz del *jus cogens*⁸⁵². Dicha incompetencia, devengaba de la primacía que, según su criterio, deberían de gozar las resoluciones de la ONU de acuerdo a la CNU y al Derecho Internacional General en el ordenamiento jurídico europeo. Para justificar dicha primacía, el TPI esgrimió, *inter alia*, el siguiente argumento:

⁸⁵¹ *Ibid.*, p. 142.

⁸⁵² *Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo*, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), 3 de septiembre de 2008, Sentencia, párr. 287.

Disfrutaban igualmente de dicha primacía las decisiones contenidas en las resoluciones del Consejo de Seguridad, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, a tenor del cual los miembros de las Naciones Unidas están obligados a aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad. Según la Corte Internacional de Justicia, conforme a lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, las obligaciones de las partes a este respecto prevalecen sobre las obligaciones de las mismas derivadas de cualquier otro convenio internacional [auto de 14 de abril de 1992 (medidas provisionales), Cuestiones sobre la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971 suscitadas por el incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya árabe libia contra Estados Unidos de América), Rec. 1992, p. 16, apartado 42, y auto de 14 de abril de 1992 (medidas provisionales), Cuestiones sobre la interpretación y la aplicación del Convenio de Montreal de 1971 suscitadas por el incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya árabe libia contra Reino Unido), Rec. 1992, p. 113, apartado 39]⁸⁵³.

Lógicamente, el TPI encuentra apoyo a su razonamiento en la jurisprudencia de la CIJ, cuya falta de competencia expresa para efectos de interpretar la CNU no ha prevenido el que desarrolle implícitamente dicha función, ni que sus interpretaciones revistan la mayor autoridad sobre el tema en comparación con cualquier otro tribunal en el mundo. No es nuestra intención realizar un análisis exhaustivo sobre la correcta aplicación del artículo 103 de la CNU. No obstante, cabe señalar que el TPI pudo haber cuestionado la pertinencia de su aplicación sobre diversas bases. En primer término, siendo que en la demanda que se le presentaba se habían impugnado violaciones a los DDHH; pudo haber cuestionado la existencia real de un conflicto, en cuanto que, la protección de tales derechos, debe considerarse compatible con el objeto perseguido por las sanciones del CS, específicamente, la preservación de la paz y seguridad internacionales. Por otro lado, pudo haber elegido la vía que finalmente emplearía el TJ al resolver el mismo asunto en apelación. Para dicho Tribunal, ningún tratado internacional, incluso la CNU, puede socavar los principios fundamentales del orden jurídico europeo⁸⁵⁴. No obstante, aunado al peso que conlleva la decisión alcanzada por la CIJ en *Lockerbie*, la idea de que las decisiones del CS constituyen cuestiones de

⁸⁵³ Asunto T-315/01, Kadi c. Consejo y Comisión, sentencia del 21 de septiembre de 2005, párrafo 184.

⁸⁵⁴

índole política que no pueden ser resueltas por vías jurisdiccionales, continúa gozando de amplia aceptación en la comunidad internacional.

En este sentido, resulta ilustrativa la Opinion Disidente emitida por el Juez Schwebel en *Lockerbie*:

The texts of the Charter of the United Nations and of the Statute of the Court furnish no shred of support for a conclusion that the Court possesses a power of judicial review in general, or a power to supervene the decisions of the Security Council in particular. On the contrary, by the absence of any such provision, and by according the Security Council “primary responsibility for the maintenance of international peace and security”, the Charter and the Statute import the contrary. So extraordinary a power as that of judicial review is not ordinarily to be implied and never has been on the international plane. If the Court were to generate such a power, the Security Council would no longer be primary in its assigned responsibilities, because if the Court could overrule, negate, modify - or, as in this case, hold as proposed that decisions of the Security Council are not “opposable” to the principal object State of those decisions and to the object of its sanctions - it would be the Court and not the Council that would exercise, or purport to exercise, the dispositive and hence primary authority⁸⁵⁵.

De tal suerte, si se considera que el TPI actuaba bajo el prisma provisto por la *doctrina de la cuestión política*, no resulta sorprendente el que haya realizado las siguientes determinaciones:

...[l]as resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas fueron aprobadas en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. En este contexto, la determinación de lo que constituye una amenaza contra la paz y seguridad internacionales y de las medidas necesarias para defenderlas o restablecerlas constituye una competencia exclusiva del Consejo de Seguridad, que por consiguiente queda sustraída a la competencia de las autoridades y tribunales nacionales o comunitarios, sin otra salvedad que el derecho inmanente de

⁸⁵⁵ “Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie” (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Preliminary Objections, Judgement, I.C.J. Reports 1998, Dissenting Opinion of President Schwebel, p. 166.

*legítima defensa, individual o colectiva, contemplado en el artículo 51 de dicha Carta*⁸⁵⁶.

De esta forma, el TPI se consideró imposibilitado para realizar cualquier tipo de revisión, incluso de manera incidental, a cualquier resolución del CS, ante la posibilidad de que, al hacerlo, pudiera interferir con sus competencias, mermando su autoridad y socavando el sistema de seguridad colectiva. Inmersa en dichos planteamientos, acecha la doctrina de la cuestión política por medio de la cual, se considera que siendo que el CS ha sido dotado de una autoridad política para tomar decisiones efectivas, entonces, tales decisiones, se encuentran exentas de cualquier escrutinio judicial. No obstante, pareciera que la doctrina de la cuestión política va cayendo en desuso. En este sentido, resulta indicativa la opinión separada rendida por el Juez Lachs en el asunto de *Lockerbie*:

*[I]t has become clear that the dividing line between political and legal disputes is blurred, as law becomes ever more frequently an integral element of international controversies. The Court, for reasons well known so frequently shunned in the past, is thus called upon to play an ever greater role. Hence it is important for the purposes and principles of the United Nations that the two main organs with specific powers of binding decision act in harmony - though not, of course, in concert - and that each should perform its functions with respect to a situation or dispute, different aspects of which appear on the agenda of each, without prejudicing the exercise of the other's powers. In the present case the Court was faced with a new situation which allowed no room for further analysis nor the indication of effective interim measures. The Order made should not, therefore, be seen as an abdication of the Court's powers; it is rather a reflection of the system within which the Court is called upon to render justice*⁸⁵⁷.

Del pasaje aludido, se deduce que, dadas las condiciones del sistema jurídico internacional actual, resulta cada vez más complicado distinguir entre lo que constituye una cuestión de índole puramente política y una que puede ser objeto de control judicial. Además, puede deducirse cierta preocupación externada por el Juez Lachs, en el sentido

⁸⁵⁶ Asunto T-315/01, Kadi c. Consejo y Comisión, sentencia del 21 de septiembre de 2005, párrafo 225.

⁸⁵⁷ "Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie (Lybian Arab Jamahiriya v. United States of America)", Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, Separate Opinion of Judge Lachs., p. 139.

de que el solapamiento entre lo político y lo jurídico, pudiera llevar al debilitamiento del esquema cooperativo que debe prevalecer entre los organismos de la ONU. Dicho espíritu de cooperación, promovido por la CIJ, ciertamente se encuentra presente en el ánimo de los tribunales nacionales y regionales que se han ocupado de asuntos relativos a la implementación de las resoluciones del CS. De forma conjunta, la doctrina de la cuestión política y el deseo de cooperar en la realización de la ONU, han influido en el razonamiento de dichos organismos, tal y como se desprende del siguiente extracto de la sentencia relativa a la admisibilidad del asunto *Behrami/Saramati*, rendida por el TEDH en 2007:

[O]perations established by UNSC Resolutions [UN Security Council Resolution] under Chapter VII of the UN Charter are fundamental to the mission of the UN to secure international peace and security and since they rely for their effectiveness on support from member states, the Convention cannot be interpreted in a manner which would subject the acts and omissions of Contracting Parties which are covered by UNSC Resolutions and occur prior to or in the course of such missions, to the scrutiny of the Court. To do so would be to interfere with the fulfilment of the UN's key mission in this field including, as argued by certain parties, with the effective conduct of its operations. It would also be tantamount to imposing conditions on the implementation of a UNSC⁸⁵⁸.

De forma general, la jurisprudencia emitida por tribunales regionales y nacionales relacionada con la implementación de las resoluciones del CS en el espacio europeo refleja un ferviente deseo de cooperación con la ONU. En conjunción con la doctrina en de la cuestión política, dicha intención devenga en una visión que impide la valoración jurídica de las resoluciones del CS. Quizá por estas razones, dicha posibilidad comenzó contemplarse para situaciones que, debido a su carácter extremo, no permitirían dudar sobre la pertinencia jurídica de contravenir una disposición del CS. Dicha situación, se ejemplifica en la Opinión Separada del Juez Lauterpacht en el asunto de *Genocidio en Bosnia* antes citada, mediante la cual advertía que en el caso de que una resolución del CS tuviese el efecto de contravenir una norma imperativa de Derecho Internacional, la norma de resolución de conflictos contenida en el artículo 103 no podría ser aplicada

⁸⁵⁸ Behrami y Behrami c. Francia, No. 71412/01 y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega, No. 781166/01, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2 de mayo de 2007, Decisión (Admisibilidad), p. 43.

para sostener la decisión del CS. Esta, parece ser la postura adoptada por el TPI cuando al dictar la sentencia *Kadi 2005*, se pronunció en los siguientes términos:

El Derecho internacional permite considerar, pues, que existe un límite al principio de la obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de Seguridad: tales resoluciones deben respetar las normas perentorias fundamentales del ius cogens. En caso contrario, por improbable que sea dicho supuesto, no vincularían a los Estados miembros de la ONU ni, por lo tanto, a la Comunidad.

*En un recurso de anulación contra un acto comunitario adoptado en cumplimiento de una resolución del Consejo de Seguridad sin aplicar margen de apreciación alguno, el control jurisdiccional incidental ejercido por el Tribunal de Primera Instancia puede extenderse por tanto, a título claramente excepcional, a la verificación de la observancia de las normas superiores del Derecho internacional que forman parte del ius cogens y, en particular, de las normas imperativas para la protección universal de los derechos humanos, que no toleran excepción alguna por parte de los Estados miembros ni de los órganos de la ONU, ya que constituyen «principios inviolables del Derecho internacional consuetudinario» (opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 8 de julio de 1996, *Licitud de la amenaza o del uso de armas nucleares*, Rec. 1996, p. 226, apartado 79; véanse igualmente, en este sentido, las conclusiones presentadas por el Abogado General Jacobs en el asunto *Bosphorus*, citadas en el apartado 189 *supra*, punto 65).*

De tal suerte, inspirado parcialmente en la jurisprudencia del CIJ, el TPI considera que la única forma de salvar el obstáculo representado por la cuestión política, que al mismo tiempo le permitiría asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Miembros de la UE con la ONU, es el empleo *del jus cogens* como estándar de valoración para la protección a los DDHH. Como claramente señala dicha Autoridad, en el improbable supuesto de que una resolución del CS tuviera el efecto de contravenir una norma imperativa, los Estados, y por ende la Comunidad Europea, estarían exentos de su cumplimiento. En la siguiente sección de la presente tesis doctoral, se analizará a detalle el empleo de dicha estrategia por parte del TPI. Por ahora, interesa resaltar como a través de la comunicación informal, los diversos tribunales que ventilan asuntos relativos a la implementación de las resoluciones del CS, pueden ir complementando sus interpretaciones de forma que puedan obtener resultados que hasta cierto punto

pueden considerarse como coordinados. En este contexto, dichos organismos se encuentran lidiando con los mismos desarrollos normativos y, conscientes del desafío que representa abordar las implicaciones jurídicas derivadas de ciertos actos de un CS con competencias ampliadas, intentan cumplimentar un objetivo común que consiste en seguir realizando los objetivos para los que fue creada la ONU. Dicho objetivo, se presenta con un carácter dual, puesto que, su realización implica la atribución de una suma importancia tanto el mantenimiento de la paz y seguridad internacional, como a la promoción y el respeto por los DDHH.

Al mismo tiempo, dicho incremento de conciencia se materializa en el cambio de percepción según el cual, la cooperación con la ONU no implica deferencia absoluta ante sus decisiones, máxime si se considera que pueden llegar a tener repercusiones nocivas para la adecuada protección de los DDHH. Como ejemplo de dicho cambio paradigmático, puede citarse el siguiente extracto de la Opinión Separada del Juez Weeramantry en el asunto relativo a *Lockerbie*:

The history of the United Nations Charter [...] corroborates the view that a clear limitation on the plenitude of the Security Council's powers is that those powers must be exercised in accordance with the well-established principles of international law. It is true this limitation must be restrictively interpreted and is confined only to the principles and objects which appear in Chapter 1 of the Charter [...]. The restriction nevertheless exists and constitutes an important principle of law in the interpretation of the United Nations Charter. The obligation of the Court, as one of the principal organs of the United Nations, to "co-operate in the attainment of the aims of the Organization and strive to give effect to the decisions of other principal organs, and not achieve results which would render them nugatory" [...] should be read in the light of this clear limitation.⁸⁵⁹

La Opinión del Juez Weeramantry, parece vaticinar el cambio de actitud que sobrevendría a los tribunales regionales y nacionales que, al tiempo en que procuraban la cooperación con la ONU, se mostraban preocupados por asegurar el respeto a los DDHH tal y como se ha desarrollado en sus respectivas jurisdicciones. Ante la

⁸⁵⁹ Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie (Lybian Arab Jamahiriya v. United States of America)", Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, p. 175. Cita Omitida: I. S. Rosenne, The Law and Practice of the International Court, p. 70.

inoperatividad del estándar basado en el *jus cogens* empleado por el TPI, los diversos tribunales involucrados en el modelo de revisión judicial expresiva tuvieron que encontrar vías alternas para reconciliar dos objetivos que en algún momento se juzgaron contradictorios pero que, en realidad, resultan complementarios. El punto de inflexión, puede ubicarse en la resolución del asunto *Kadi I*, y ha quedado plasmado en algunas de las consideraciones realizadas por el TJUE al resolver dicho asunto.

Al revisar la sentencia *Kadi 2005* en casación, el TJ se encargó de anular el razonamiento central sobre el cual el TPI había construido un esquema de revisión anclado en el *jus cogens*, al tiempo en que negaba cualquier otra posibilidad de control directo a la implementación de las resoluciones del CS. No obstante, el TJ se ocupó de resaltar que, al ejercer las competencias que les permiten adoptar actos tendientes a la implementación de las decisiones del CS; la autoridades europeas deberán de atribuir especial importancia al hecho de que, conforme al artículo 24 de la CNU, la aprobación de resoluciones por parte del CS en virtud del Capítulo VII de dicha Carta constituye el ejercicio de la responsabilidad primordial conferida a dicho órgano internacional de mantener la paz y la seguridad a nivel mundial, responsabilidad que incluye, en el ámbito de dicho capítulo VII, la facultad de determinar lo que constituye una amenaza contra la paz y la seguridad internacionales y la facultad de adoptar las medidas necesarias para mantenerlas o restablecerlas⁸⁶⁰.

Al pronunciarse en dichos términos, pareciera que el TJ intenta preservar el esquema de cooperación con la ONU, característico de la relación entre esta Organización y la UE. Sin embargo, el resto del argumento desarrollado por el Tribunal, se desenvuelve en torno a una dirección que en aquel momento difícilmente hubiera podido predecirse. De tal manera, al tiempo en que destacaba el carácter exclusivo de las facultades del CS contenidas en el Capítulo VII de la CNU, el TJ recordaba que un acuerdo internacional no puede menoscabar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Además, afirmó que, según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el TJ. A este respecto, el TJ se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones

⁸⁶⁰ *Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo*, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 3 de septiembre de 2008, párr. 293-294.

proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los DDHH en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. Recalcó, que el CEDH reviste en este contexto un significado particular⁸⁶¹.

Ubicado en dicho esquema de pensamiento, el TJ consideró que siendo que el respeto por los DDHH constituye un requisito de legalidad para los actos comunitarios, no podían admitirse en la UE, medidas que contraviniesen dichos preceptos. Seguidamente, afirmó que una eventual sentencia de un tribunal comunitario en la que se declarase que un acto comunitario destinado a aplicar una resolución de tales características viola una norma superior del ordenamiento jurídico comunitario no implicaría poner en entredicho la primacía de dicha resolución en el ámbito del Derecho internacional. En este punto, pudiese haber resultado adecuado considerar la relación de la UE y el ordenamiento jurídico onusiano a la luz del artículo 103 de la CNU, tal y como habían hecho el TPI en la resolución del asunto *Kadi 2005*. No obstante, el TJ sorteó dicho obstáculo al considerar que la CNU no obliga a seguir un método determinado para la aplicación de las resoluciones aprobadas por el CS en virtud del capítulo VII de dicha Carta, ya que dicha aplicación debe producirse conforme a la normativa aplicable al respecto en el ordenamiento jurídico interno de cada Miembro de la ONU. En efecto, la CNU permite en principio que los Miembros de la ONU elijan libremente entre los diferentes métodos posibles de recepción de tales resoluciones en su ordenamiento jurídico interno⁸⁶².

A través del empleo de dicha fórmula, el TJ consiguió materializar un hipotético escenario de revisión imaginado con respecto a la CIJ; por medio del cual, pudiese considerarse la revisión de un acto específico de aplicación de una decisión del CS sin cuestionar la legalidad de ésta última. Sin embargo, el modelo resultó más adecuado para tribunales ajenos al sistema ONU, en cuanto a que, el empleo del derecho interno les ha permitido, tal y como hizo el TJ, adoptar una postura que pretende reconciliar el respeto por su propio ordenamiento jurídico al tiempo en que posibilita salvaguardar la integridad de los respectivos ordenamientos jurídicos a los que responden. No sobra decir, que el razonamiento empleado por el TJ ha sido criticado ampliamente en ciertos círculos, en los cuales se ha considerado que dicho Tribunal promovió una actitud de desapego hacia el Derecho Internacional. Sin embargo, se estima que la decisión del TJ

⁸⁶¹ *Ibid.*, párr. 283.

⁸⁶² *Ibid.*, párr. 284-288, 298.

se dicta en torno a una concepción asimilable a planteamiento como los esbozados por los jueces Lachs y Weeramantry en *Lockerbie*, a través de los cuales, se reconoce implícitamente que, si bien los cambios en la dinámica de la sociedad internacional pueden conducir al replanteamiento de las estrategias y mecanismos requeridos para preservar la seguridad internacional; del mismo modo, tales transformaciones, evidencian la necesidad de cautela, y de cómo resulta posible, incluso necesario, cuestionar dichos métodos, puesto que un desarrollo de los mismos al margen de la legalidad, resulta contrario a los objetivos de la ONU.

Tras la emisión de la sentencia *Kadi 2008*, se percibe una dilución en la fuerza argumentativa que solía representar la invocación de la doctrina de la cuestión política, en favor de construcciones jurisprudenciales que pretenden encauzar la cooperación con la ONU hacia un entorno en el que se tome la debida consideración por la protección a los DDHH. De esta forma, resulta posible identificar una suerte de efecto dominó, por medio del cual, se generaría un cambio significativo en la jurisprudencia de los tribunales regionales y nacionales que, por medio de sus respectivos pronunciamientos, difundirían la idea de que la cooperación con la ONU no implica deferencia automática ante todas las decisiones del Organización, máxime si algunos aspectos de estas revisten efectos negativos para la protección a los DDHH. De tal manera, algunos de los tribunales involucrados en el proceso descrito, redireccionarían sus esfuerzos, de forma tal que sus decisiones dejaron de reflejar únicamente la dimensión cooperativa de sus objetivos, para incluir aquella respectiva a la salvaguarda de los derechos procesales que deben observarse en sus respectivas jurisdicciones.

De tal suerte, se razona que en ausencia de la importante labor revisora que ha realizado la CIJ a lo largo del tiempo, los desarrollos referidos, posiblemente se hubiesen sucedido en direcciones distintas. En este sentido, no puede subestimarse el valor exegético que los pronunciamientos de la Corte sobre la legalidad de los actos del CS han tenido para el los tribunales nacionales y regionales que se han ocupado de asuntos derivados de la implementación de las resoluciones legislativas del CS. Como se ha visto, las interpretaciones del CIJ constituyen el punto de partida para que dichos tribunales desarrollen su función con respecto a aquellos asuntos que involucran normas de Derecho Internacional.

Del mismo modo, no puede restarse importancia a las contribuciones jurisprudenciales de la CIJ, sobre la base de que estas carecen de efecto vinculantes

excepto para las partes involucradas en una determinada disputa, o bien, para cualquier interesado cuando se trata de la emisión de alguna opinión consultiva. A través de sus pronunciamientos, bien sean realizados a través de las sentencias que adopta, bien a través de las opiniones separadas de los Magistrados que la componen; la Corte ha ido erosionando nociones como la doctrina de la cuestión política, que condicionan enormemente el desarrollo de controles de legalidad a los actos de la OI. De forma similar, al clarificar los términos de su relación con el CS a través de los años, ha desmitificado la idea de que este posee un poder irrestricto, ajeno a cualquier tipo de consideración judicial. En este momento, cabe preguntarse si el TJ, o bien cualquier otro tribunal, hubiese podido construir un esquema de revisión indirecta en ausencia de tales desarrollos o bien, ante la presencia de una CIJ que, en vez de pugnar por un sistema tendiente a la armonización, hubiese mostrado una preferencia desmesurada por cuestiones relativas al mantenimiento de la seguridad, relativizando de forma excesiva el resto de los intereses de la ONU. El largo proceso que se describe, posiblemente comenzó, si bien de forma inadvertida, cuando la CIJ admitió discretamente la posibilidad de que un órgano de Naciones Unidas pudiese actuar fuera de su ámbito competencial al rendir la Opinión Consultiva sobre el asunto de *Ciertos Gastos*.

En lo particular, se considera que la evolución reseñada a lo largo de la presente sección, obedece a la insuficiencia de los mecanismos existentes que se encuentran incapacitados para lidiar con modificaciones en la práctica de las OI, cuyas competencias, desarrolladas al amparo del principio de efectividad, parecen haber evolucionado a una velocidad mayor que las opciones disponibles para su control. Con todo, la diferencia en la prontitud de dichos procesos, no implica la inexistencia, o bien la detención, de la tendencia que busca una mayor rendición de cuentas por parte de la OI. En este sentido, resulta ilustrativo el siguiente fragmento de la Opinión Disidente del Juez Skubizewski, emitida en relación con el asunto sobre *Timor Oriental*:

The Court is competent, and this is shown by several judgments and advisory opinions, to interpret and apply the resolutions of the Organization. The Court is competent to make findings on their lawfulness, in particular whether they were intra vires. This competence follows from its function as the principal judicial organ of the United Nations. The decisions of the Organization (in the broad sense which this notion has under the Charter provisions on voting) are subject to scrutiny by the Court with regard to their legality, validity and effect. The

*pronouncements of the Court on these matters involve the interests of all Member States or at any rate those which are the addressees of the relevant resolutions*⁸⁶³.

Así las cosas, se concluye que el carácter no vinculante de los pronunciamientos sobre la legalidad de los actos del CS que pueda emitir la CIJ, no resta valor al impacto que puedan tener para la comunidad internacional. Con todo, debe matizarse el alcance de dicho impacto en cuanto que la CIJ posee limitantes inherentes a su composición y funcionamiento, que condicionan el desarrollo de una mayor amplitud en su tenue función revisora. Además de los anteriormente referidos, se observa que la presencia indeleble de 5 Jueces pertenecientes a las potencias que conforman los 5 Miembros Permanentes del CS, ciertamente condiciona el sentido que puedan llegar tener sus fallos. Del mismo modo, la imposibilidad de la Corte para ocuparse de la protección de los DDHH de los individuos, representa un obstáculo considerable para que esta juegue un papel más activo en dicho ámbito. Con todo, no puede descartarse que un futuro relativamente cercano, la CIJ sea llamada, como han sugerido algunos de sus magistrados, a desempeñar un papel más activo en el control de los actos de los órganos políticos de la ONU.

El escenario descrito, ha tenido como corolario la incursión de ciertos tribunales nacionales y regionales en el control de la aplicación de las sanciones selectivas del CS. Por medio de la fórmula inaugurada por el TJ en *Kadi 2008*, dichos organismos han sorteado su incompetencia formal y material para ocuparse de tales asuntos, desarrollando esquemas que, sin vincular al CS, logran controlar con cierto grado de éxito la aplicación de sus sanciones. Empero, aunque dichos acontecimientos ciertamente representan un cambio sustancial, debe matizarse su trascendencia, y ubicárseles en la etapa de temprano desarrollo que representan. Desarrollados al amparo de un esquema de constitucionalismo internacional imperfecto, los mecanismos producto de la revisión judicial expresiva en el espacio geográfico europeo distan mucho ser una solución ideal al problema que nos ocupa. Por un lado, siendo que la coordinación de los tribunales involucrados se desenvuelve en un plano informal, y se construye de acuerdo a señales que a menudo estos no están obligados a seguir, estos se desarrollan en torno a un panorama de incertidumbre, en el cual, erráticamente

⁸⁶³ “East Timor (Portugal v. Australia)”, Judgment, I.C.J. Reports, 1995, Dissenting Opinion of Judge Skubizewski, p. 251.

convergen diversas interpretaciones sobre los mismos temas que en ocasiones, parece imposible congeniar.

Asimismo, se observa que los esquemas de revisión resultantes del proceso descrito, revisten un carácter eminentemente procedimental, que, en la práctica, puede resultar insuficiente desde el punto de vista los afectados. Con todo, la constitucionalización del Derecho Internacional es un proceso en curso, que dista mucho de estar completado. En este sentido, las estructuras imperfectas que resultan de dicho proceso, habrán de refinarse en la medida que lo permita el sistema jurídico internacional. No obstante, es posible comprobar un enorme progreso en cuanto a que, sin la necesidad de vincular jurídicamente al CS, las decisiones de los tribunales regionales y locales, han conseguido modular sus acciones, incluso, fomentando la autorregulación de su parte, evento que se juzga inevitable al considerar los efectos de deslegitimación de tales pronunciamientos. De tal manera, habiendo identificado la actividad judicial de la CIJ como detonante del ascenso y evolución de la revisión judicial expresiva, se dedicará la última sección de la presente tesis doctoral al análisis del empleo de dicha figura por parte de los tribunales nacionales y regionales que han decidido a nivel interno sobre la aplicación de las sanciones selectivas del CS en el ámbito de la lucha contra el terrorismo.

9. La Revisión Judicial Expresiva en torno a un Modelo de Constitucionalismo Internacional Imperfecto

Aunque resulta evidente que ciertas OI han evolucionado de forma tal que han adquirido competencias administrativas, incluso, normativas; la lógica institucional prevaleciente al momento en que fueron diseñadas, asumía que estas no podían afectar directamente los intereses de los particulares. Tal situación, ha prevenido el surgimiento de controles de legalidad adecuados para sus actos. Desde esta postura, acciones como las que ha emprendido el CS cuando, por ejemplo, adopta medidas de tipo legislativo que requieren la congelación de activos de presuntos terroristas, pudieran ser atribuidas a los Estados puesto que, como es evidente, su realización requiere de una correspondiente implementación en el plano doméstico para hacerse efectiva. Sin embargo, sería inexacto considerar que la responsabilidad por restringir erróneamente los derechos de propiedad de un determinado individuo reside en un Estado que actúa de forma condicionada al cumplir con una resolución vinculante del CS, antes que en el

propio Consejo que inicialmente determinó la sanción. Normalmente, no existe una vía adecuada para que aquellos afectados indebidamente por los actos o políticas de las OI obtengan algún tipo de reparación. Inclusive, aquellos tribunales domésticos que pudieran mostrarse propensos a revisar tales actos, se toparán no solo con las normas de inmunidad, sino con otro tipo de barreras procesales que dificultarían enormemente el emprendimiento de cualquier control judicial. Finalmente, aun considerando que en este tipo de supuestos la responsabilidad pueda fincarse directamente a los Estados que implementan las resoluciones problemáticas, es habitual que los tribunales nacionales muestren reticencia para ocuparse de esta clase de acciones, en cuanto a que dicha conducta podría generar responsabilidad internacional para el Estado al que pertenecen⁸⁶⁴.

Ante el panorama descrito, el control de legalidad de los actos de las OI pudiera percibirse más como una necesidad que cada vez goza de mayor reconocimiento entre la comunidad internacional que como una posibilidad fáctica. Sin embargo, la óptica tradicional bajo la cual se concibe a dichos organismos como simples foros de acción interestatal coordinada, resulta insostenible en la actualidad, particularmente ante las acciones expansivas del CS, las cuales se sugiere han contribuido al desarrollo de otra capa de responsabilidad internacional individual -si bien en el ámbito limitado de la lucha contra el terrorismo-, similar a aquella sobrevenida como corolario de la creación de la CPI y demás tribunales penales internacionales. Todavía, puede señalarse que la proliferación de los tribunales penales internacionales, a diferencia de lo ocurrido con los regímenes de sanciones antiterroristas del CS, ha ido acompañada del desarrollo de garantías procesales adecuadas. Ante la ausencia inicial de tales garantías en los regímenes antiterroristas, así como frente a su parsimonioso e insuficiente desarrollo, cabe preguntarse si es justificable que se prive a los individuos de las garantías que hoy día son parte esencial de los sistemas penales domésticos, e, incluso, de los tribunales penales internacionales en funcionamiento⁸⁶⁵. Cabe recordar, que, pese a las reiteradas calificaciones del CS sobre el carácter administrativo y preventivo de las sanciones antiterroristas, existen argumentos de peso, principalmente basados en el objeto punitivo y la larga duración de las sanciones, que han llevado a diversos comentaristas a

⁸⁶⁴ Luis I. Gordillo Pérez, “Hacia un Progresiva Constitucionalización del Poder Sancionador del Consejo de Seguridad de la ONU”, *Estudios Constitucionales*, Año 10, n° 1, 2012, pp. 201-244.

⁸⁶⁵ Peter Hilpold, “EU Law and UN Law in Conflict: The Kadi Case”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 13, n° 1, 2009, p. 143.

sugerir que las medidas en cuestión pudieran ser equiparables a sanciones penales⁸⁶⁶. Dicho argumento, también ha sido esgrimido por el Relator Especial para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en la Lucha contra el Terrorismo, Martin Scheinin, quien en su informe presentado en 2008 ante la AGNU, afirmó que las sanciones económicas pueden llegar a constituir sanciones penales⁸⁶⁷.

En este contexto, puede señalarse que la instauración de la Oficina del Ombudsman ha sido bienvenida en ciertos sectores puesto que representa un aumento significativo en el grado de protección a los individuos que consideran que sus DDHH han sido vulnerados por las sanciones del CS. Instituida en el año 2009 a través de la resolución 1904 (2009), fue reforzada subsecuentemente por medio de la resolución 1989 (2011). Como resultado, sus recomendaciones de supresión de las listas se tornaron efectivas siempre y cuando no sean rechazadas por el consenso de los miembros del Comité de Sanciones durante un plazo de 60 días. Debido al carácter usualmente público de las deliberaciones del CS, existen opiniones en el sentido de que la negación a responder afirmativamente a una recomendación del Ombudsman podría dar lugar a la responsabilidad política de los Estados. Del mismo modo, se ha señalado el aumento de transparencia en el manejo de la información empleada para la inclusión en las listas, así como el hecho de que ahora los peticionarios pueden acudir directamente, sin la necesidad de que su Estado de nacionalidad o residencia intervenga para solicitar la supresión de sus nombres. Desde esta perspectiva, no resulta inconcebible que las recomendaciones independientes del Ombudsman puedan llegar a desempeñar un rol cuasi-judicial en cuanto que pudieran proveer un balance a los procedimientos diplomáticos que se llevan a cabo en el seno del Comité de Sanciones⁸⁶⁸. Por otro lado, autores como Luis Gordillo observan que la función del Ombudsman se asemeja, en concordancia con su denominación, más a la de un mediador que a la de un órgano propiamente judicial. Sobre este tema, aunque ciertamente damos por bienvenida la institución de dicha Oficina, no podemos sino concordar con el citado autor cuando

⁸⁶⁶ Vease: Erika de Wet, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Op. Cit., pp. 352-353 y, Jessica Almqvist, Op. Cit., pp. 307-308.

⁸⁶⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Cuarto Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Documento Oficial de la ONU A/63/223, 6 de agosto de 2008, p. 9.

⁸⁶⁸ Julianne Kokott & Christoph Sobotta, "The Kadi Case -Constitutional Core Values and International Law- Finding Balance?", *The European Journal of International Law*, Vol. 23, No. 4, 2012, pp. 1020-1021.

señala que el procedimiento a seguir ante dicha autoridad, mismo que califica de “a caballo entre la protección diplomática y una pseudo-tutela judicial, no puede asimilarse ni de lejos a un proceso con todas las garantías”⁸⁶⁹.

En lo particular, se juzga que la institución de la figura del Ombudsman representa un *impasse* en lo que se considera una negociación, incluso una lucha de poder, que se ha venido desarrollando entre el CS y los tribunales nacionales y regionales europeos que, en mi opinión, representa un proceso inusual de constitucionalización del Derecho Internacional. Dicho proceso, se desenvuelve entre la prerrogativa de los tribunales por garantizar una protección adecuada a los DDHH de acuerdo con los principios del sistema jurídico comunitario, y la necesidad del CS de asegurar la efectividad de sus sanciones. Sobre este proceso, es posible adelantar que, aunque ha conducido a modificaciones importantes en la implementación de las sanciones, no puede considerarse suficiente desde el punto de vista de la UE, cuyo ordenamiento jurídico ha reafirmado un alto estándar de protección a los DDHH. En la misma línea, puede comentarse que, aunque el mecanismo de revisión constituido por el Punto Focal ha sido desarrollado por el CS, continúa presentando limitantes considerables, principalmente en el sentido de que es un órgano diseñado para actuar en capacidad informativa, fungiendo como enlace entre los gobiernos involucrados en una solicitud de exclusión, los comités de sanciones pertinentes a tales efectos y los mismos peticionarios. De tal manera, las funciones del punto focal son de naturaleza eminentemente administrativa y conllevan un alcance limitado en contraste con aquellas que ostenta la Oficina del Ombudsman. Todavía, genera cierta inquietud el que todos aquellos individuos que no hayan sido sancionados mediante su inclusión en la Lista de Sanciones contra el EIIL (Daesh) y Al-Qaida, únicamente puedan recurrir al Punto Focal, en cuanto a que las solicitudes de supresión de las listas a través de la Oficina del Ombudsman, se encuentra restringida a este último grupo⁸⁷⁰.

Es mi opinión, que la solución ideal a la cuestión de los problemas de DDHH en torno a las sanciones antiterroristas sería la instauración de un mecanismo de naturaleza judicial, o bien cuasi judicial, creado por el propio CS. Tal organismo, estaría facultado para tomar decisiones autónomas con respecto a la supresión de las personas erróneamente enlistadas, formando así parte integral de los procesos sancionadores a

⁸⁶⁹ Luis I. Gordillo Pérez, *Op. Cit.*, p. 225.

⁸⁷⁰ Véase, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Órganos Subsidiarios, “Punto Focal para la Supresión de Nombres de la Lista de Sanciones”, <https://www.un.org/sc/suborg/es/sanctions/delisting>.

nivel ONU. Como se ha relatado, el CS ha recorrido un largo camino en la conformación de un esquema más garantista en contraste con aquel que imperaba al momento de la emisión de la resolución 1267 (1999), caracterizado por una ausencia total de salvaguardas en materia de DDHH. Asimismo, ha despejado hasta cierto grado las dudas relativas a su postura concerniente al papel que juegan los DDHH en su estrategia para luchar contra el terrorismo, al señalar reiteradamente la importancia de que los Estados, al momento de implementar sus decisiones, lo hagan en concordancia con sus obligaciones internacionales, particularmente aquellas derivadas del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los DDHH. Paradójicamente, pareciera que el Órgano considera suficiente el grado de protección a los DDHH adquirido tras la adopción de la resolución 1988 (2011) puesto que no se han registrado nuevos desarrollos en los procedimientos de inclusión y supresión de las listas de sanciones. Con todo, la constante reiteración sobre la obligatoriedad de observar las obligaciones relativas a los DDHH y el derecho internacional humanitario, invita a considerar la posibilidad de que la revisión judicial de las medidas de implementación por parte de los tribunales domésticos pudiera estar en concordancia con el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el CS.

Partiendo de la omisión del CS de proveer un mecanismo de revisión que garantice el derecho de acceso a la justicia a nivel de Naciones Unidas, puede considerarse que los EMNU retienen, bajo ciertas condiciones, el derecho de revisar las resoluciones del CS. En el contexto aludido, no debe entenderse el término “revisión” como comúnmente se conceptualiza en términos legales; es decir, como la facultad de un tribunal de alzada o de un órgano administrativo para anular, socavar, o bien declarar como ilegal un acto decidido por una corte o instancia superior. Evidentemente, tal construcción resulta inaplicable a la relación entre la ONU y sus Estados Miembros, en cuanto a que implicaría la revisión de los actos de una autoridad superior, el CS, por parte de una autoridad inferior, las cortes domésticas o regionales. Sin embargo, si se entiende la revisión en un sentido amplio, referente a un proceso por medio del cual las autoridades estatales pueden, sobre la base de una audiencia justa, modificar la implementación de las decisiones del CS sin que esto conlleve a la anulación o invalidación de las mismas, puede construirse un esquema de revisión compatible con las obligaciones de los EMNU derivadas de la CNU, así como con sus obligaciones internacionales relativas los DDHH. Tal construcción, se sustenta en virtud de la

máxima que sostiene que cualquier delegación regulada de poderes debe de contar con algún sistema de control por medio del cual, la institución a la que se han delegado poderes, funcione adecuadamente según la forma en que fue diseñada⁸⁷¹.

En contraste con la óptica referida, subsisten visiones según las cuales no puede considerarse seriamente que otorgar poderes de revisión a los tribunales domésticos con respecto a las decisiones del CS pueda llegar a solucionar el problema de limitar los poderes del Órgano. Desde esta perspectiva, la sugerencia de que pueden encontrarse limitantes implícitas a los actos del CS en virtud de los principios y propósitos de la ONU, así como a los artículos específicos de la CNU que tratan sobre DDHH, no se sostiene en cuanto que dichas previsiones se consideran vagas y abstractas, razón por la cual no se entiende el que puedan fungir como directrices para controlar los actos del CS. De igual forma, se esgrime el argumento de que el supuesto derecho de los EMNU para anular -si bien parcialmente- las decisiones del CS carece de fundamento legal⁸⁷². Es mi opinión, que posturas como la inmediatamente referida, no solo tienden a relativizar la fuerza vinculante de los DDHH en su carácter de normas consuetudinarias de Derecho Internacional, sino que, además, conceden una importancia excesiva al principio de efectividad de las organizaciones internacionales. Tal línea de pensamiento, pudiera conducir a una valoración desproporcionada de la necesidad de garantizar la efectividad de organismos como el CS, en relación con aquella concerniente al mantenimiento y desarrollo de instituciones jurídicas que les permitan operar dentro de los confines de legalidad que resultan indispensables no solo para su correcto funcionamiento, sino para mantener vigente su credibilidad y, por ende, su efectividad. De esta forma, se advierte una contradicción en las visiones que sostienen la necesidad de permitir la expansión competencial de ciertos organismos internacionales en aras de que puedan operar bajo las características contemporáneas de la sociedad internacional, al tiempo en que consideran que el desarrollo de controles adecuados para tal estiramiento se encuentra condicionado a las intenciones de los Estados al momento de la creación de tales organismos.

Desde el punto de vista jurídico de la ONU, abogar por un derecho a la revisión judicial de los actos del CS por parte de los individuos especialmente afectados por la

⁸⁷¹ Erika de Wet & André Nollkaemper, "Review of Security Council Decisions by National Courts", *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002, pp. 184-185.

⁸⁷² Matteo M. Winkler, "When Legal Systems Colide: The Judicial Review of Freezing Measures in the Fight Against International Terrorism", *Student Scholarship Papers*, 2007, pp. 1-30.

aplicación de sus sanciones selectivas para luchar contra el terrorismo no parece plausible. En este sentido, el derecho de la CNU parece ser bastante claro al establecer, no solo la obligación de aceptar y llevar a cabo las decisiones del CS, sino también la primacía de tales obligaciones sobre cualquier otro acuerdo de Derecho Internacional. No obstante, las recientes actuaciones de ciertos tribunales locales y nacionales han puesto en entredicho el alcance real de esta obligación. Esta disyuntiva, puede explicarse tomando en cuenta que la mayoría de los EMNU no confiere efecto directo a las resoluciones del CS, motivo por el cual pueden sentirse en libertad para revisar constitucionalmente las medidas domésticas a través de las cuales se implementan. Si bien es cierto que, desde el punto de vista de la CNU, los Estados están obligados a llevar a cabo las decisiones del CS, también lo es que dicho instrumento permite su discreción en cuanto a la elección de los medios a emplear para implementarlas. De esta forma, puede justificarse la aparente dualidad entre el ordenamiento jurídico internacional y los sistemas domésticos⁸⁷³.

Adicionalmente, no puede entenderse que la CNU prohíba la posibilidad de que los Estados desafíen, si bien indirectamente, las resoluciones del CS. En primer término, se observa que, desde el punto de vista internacional, una sentencia que invalide un acto de implementación de una resolución del CS es jurídicamente irrelevante. Su efecto, no sería otro que el de generar una conducta por medio de la cual un Estado incumpla una obligación internacional, a saber, llevar a cabo una resolución vinculante del CS. Seguidamente, debe tomarse en cuenta que los Estados no están impedidos para desafiar diplomáticamente una decisión del CS, bien sea frente a otros Estados, o bien frente al propio Consejo. Tal impedimento, sería equivalente a asumir que el CS es un órgano con poderes ilimitados, capaz de modificar discrecionalmente la CNU. Desde esta perspectiva, no existe una razón lógica para negar la competencia de los tribunales domésticos para revisar los actos de implementación de las resoluciones del CS. De esta forma, una sentencia de un tribunal doméstico para tales efectos, no debe de ser vista como una expresión propia de una revisión judicial internacional, sino más bien como un acto individual de desafío por parte de un Estado a una resolución del CS⁸⁷⁴.

En este sentido, se advierte que la constante negativa del CS para instituir un mecanismo autónomo de revisión a sus procedimientos de sanciones selectivas guarda

⁸⁷³ August Reinisch, "Should Judges Second-Guess the UN Security Council?", *Op. Cit.*, pp. 268-270.

⁸⁷⁴ Enzo Cannizzaro, *Op. Cit.*, pp. 205-207.

estrecha relación con la concepción que este tiene sobre su propia autoridad, pues tal y como ha señalado el Comité de Sanciones:

Es difícil imaginar que el Consejo de Seguridad pueda aceptar que haya un órgano de examen cualquiera que parezca reducir su facultad absoluta para adoptar medidas en cuestiones que afectan a la paz y seguridad internacionales, tal como está consagrada en la Carta [de la Organización de las Naciones Unidas]. Este argumento desaconseja la creación de cualquier grupo que tenga una función que sea más que consultiva y la publicidad de sus opiniones, para no restar autoridad a las decisiones del Consejo. Sería también una razón para que el Consejo tuviese la atribución de seleccionar o aprobar a los miembros del órgano de examen⁸⁷⁵.

Tomando en cuenta la declaración antepuesta, cabe considerar que las sentencias por medio de las cuales los tribunales locales y regionales han invalidado determinados actos de aplicación de las resoluciones legislativas del CS, efectivamente constituyen un desafío a la autoridad del órgano. En *stricto sensu*, han sido dichos organismos, y no propiamente los Estados, lo que han puesto en entredicho la legitimidad de algunas de sus acciones en el ámbito de la lucha contra el terrorismo. De manera informal, los tribunales involucrados se han comunicado mutuamente la necesidad de ver más allá del paradigma proporcionado por la doctrina de la cuestión política, reconociendo el nuevo rol que juegan las OI como agentes de producción normativa internacional, en función del cual, pueden suscitarse colisiones normativas capaces de alterar el balance de poderes que se ha alcanzado en sus respectivas jurisdicciones a través del desarrollo de procesos democráticos de toma de decisiones.

Aunque por el momento, el reto que representa para la autoridad del CS la emisión de decisiones adversas a la implementación de sanciones, se ha desenvuelto principalmente en el espacio geográfico europeo, puede considerarse que tales acontecimientos evidencian el surgimiento de una comunidad global de tribunales. En este sentido, el proceso que conduce a la instauración de controles de legalidad indirectos a las resoluciones legislativas del CS, se encuentra inmerso en una senda evolutiva de mayor amplitud consistente en la revisión judicial expresiva. Aunque no

⁸⁷⁵ Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones presentado en cumplimiento de la resolución 1735 (2006) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas, S/2008/324, 2 de abril de 2008, p.19.

puede considerarse que la anulación de los actos de aplicación de las sanciones antiterroristas del CS obedezca únicamente al empleo de dicho mecanismo, se estima que representa una de las aristas más importantes en el proceso de constitucionalización del Derecho Internacional en el que finalmente convergen tales desarrollos.

De tal suerte, aunque cabe reconocer que someter a juicio las decisiones del CS pudiera generar efectos perniciosos relativos a la efectividad y autoridad de sus decisiones, se sostiene que, bajo un mecanismo de revisión correctamente diseñado, la revisión autónoma de los actos del CS no necesariamente implicaría una merma en su autoridad. En este sentido, se sugiere que el problema consistente en que un órgano judicial o cuasi-judicial pudiera llegar a socavar sus decisiones, podría resolverse si dicho organismo se enfocase en las decisiones de los órganos subsidiarios establecidos por el Consejo, y no así en sus determinaciones. De esta forma, se respetaría la presunción de validez de las resoluciones del CS, teniendo en cuenta la debida consideración por su facultad exclusiva de realizar determinaciones en función del artículo 39 de la CNU, así como la discreción que posee para elegir los medios a emplear para combatir una determinada amenaza a la paz puesto que se estaría juzgando la aplicación particular de tales medidas a un caso concreto, y no a las medidas *per se*.

Mediante sus acciones entorno a la lucha contra el terrorismo, el CS no solo ha estirado al límite de las estructuras tradicionales de producción normativa internacional, sino que, además, ha ocasionado cierta disrupción en los ordenamientos jurídicos domésticos. Tal distorsión, se produce como consecuencia del aparente choque entre la obligación de los EMNU de cumplir a cabalidad las decisiones del CS y aquellas obligaciones relativas a la protección de los DDHH, de acuerdo con el Derecho Internacional y sus propias tradiciones constitucionales. Empero, tras la sacudida inicial, parece posible obtener un balance positivo de la colisión que se describe. En este contexto, la incertidumbre provocada por la incursión del CS en los procesos de producción normativa del Derecho Internacional, parece haber sido en parte despejada por las decisiones de aquellos tribunales regionales y locales que emprendieron la alguna vez inconcebible tarea de intentar controlar judicialmente las resoluciones del CS. No obstante, los desarrollos objeto de la presente sección, se han producido bajo un esquema de constitucionalismo internacional imperfecto, que se caracteriza por la imposibilidad de asimilar plenamente las instituciones surgidas en los sistemas jurídicos internos que, como la revisión judicial, ha requerido ser trasplantadas al plano

internacional. De tal forma, los mecanismos resultantes revisten un carácter imperfecto, incluso, insuficiente, para la problemática que se describe. Con todo, no dejan de ser acontecimientos de naturaleza revolucionaria, que permiten vislumbrar el desarrollo de avenidas por medio de las cuales, puedan irse colmando las lagunas de protección a los DDHH, de aquellos individuos que puedan resultar afectados por las actividades de las OI.

9.1 Derribando las Barreras Conceptuales: La Apparente Imposibilidad de Revisar Judicialmente las Resoluciones del Consejo de Seguridad

Pese a las reformas instituidas por el CS con miras a mejorar la protección de los DDHH entorno sus regímenes de sanciones selectivas para la lucha contra el terrorismo, la presentación de demandas derivadas de la aplicación de dichas sanciones continúa suscitándose en diversos Estados. Tal problemática, ha revestido matices especialmente sensibles en las cortes regionales y locales europeas en donde la protección a los DDHH tiene una importancia cardinal para la jerarquía normativa. Como era de esperarse, los diversos tribunales involucrados no han actuado con uniformidad respecto a las múltiples demandas presentadas. Se observa que sus decisiones oscilan entre tres distintos enfoques, mismos que reflejan diferentes concepciones metodológicas en cuanto al alcance de la obligación de dar primacía a las obligaciones derivadas de la CNU sobre cualquier otro acuerdo internacional contenida en el artículo 103 del tratado fundacional de la ONU. Un primer enfoque, mismo que puede denominarse como de subordinación, confiere un largo alcance a dicha obligación. Bajo esta orientación, se ha considerado imposible la acomodación simultánea de dos obligaciones pertenecientes a dos sistemas jurídicos distintos. Como consecuencia, los asuntos resueltos con base a esta óptica se caracterizan por haber sido decididos en función de la prevalencia de las obligaciones derivadas de la CNU sobre aquellas respectivas a los DDHH. Seguidamente, se identifica un enfoque inverso a aquel de la subordinación, caracterizado por un desapego del sistema jurídico doméstico frente al sistema ONU. Desde esta óptica, se entiende que el Derecho Internacional penetra en los sistemas domésticos únicamente bajo las condiciones que estos establecen. De tal manera, una decisión de implementación inconsecuente con tales condiciones puede ser revisada, incluso anulada, al margen de que su origen sea una resolución del CS. Finalmente, se reconoce la presencia de un enfoque al que puede denominarse como de armonización.

Bajo esta metodología, se utilizan técnicas y normas de interpretación con el fin de balancear las cuestiones relativas a la supremacía del ordenamiento jurídico ONU y las obligaciones tocantes a la protección de los DDHH⁸⁷⁶.

Prima facie, la variación en el espectro de criterios relativos al lugar que deben ocupar las resoluciones del CS frente a la obligación de los EMNU de respetar los DDHH aparece como evocativa de problemas asociados con la fragmentación del Derecho Internacional. Desde esta perspectiva, la multiplicidad de planos jurídicos involucrados, de la cual, a su vez, deriva la intervención de operadores jurídicos de la más diversa índole, pudiera conducir a criterios disímiles en la implementación de las decisiones del CS y, por ende, a la merma en la efectividad de las mismas. Tal consideración, se presenta naturalmente si se reflexiona que, para el tema que nos ocupa, resultan relevantes no solo las sentencias de los tribunales domésticos, en cuanto a que los sistemas internos constituyen el espacio por excelencia para implementar las decisiones del CS, sino aquellas de los tribunales comunitarios cuyas decisiones en el ámbito europeo gozan de primacía sobre las sentencias de sus similares nacionales. Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que aquellos Estados Miembros de la UE que son también Miembros del CEDH, encuentran una fuente más -adicional a aquella dimanada de sus propias tradiciones constitucionales o bien de su adherencia a los tratados universales de DDHH- que los obliga a garantizar altos estándares de protección a los DDHH dentro de sus respectivos territorios. Ante este escenario, no debe sorprender el que existan cierta divergencia en cuanto a las concepciones sobre la jerarquía que ocupan las decisiones del CS en relación con las obligaciones internacionales de protección a los DDHH.

Inclusive, puede considerarse que la novedad en la naturaleza de las acciones presentadas, así como la diversidad de temas jurídicos que estas implican, devenga en interpretaciones disímiles producto del reacomodo de los diversos sistemas jurídicos involucrados que ocurre tras su colisión inicial. En este sentido, se advierte que las demandas por medio de las cuales se pretende desafiar una decisión del CS, o bien su implementación, son un fenómeno relativamente reciente que guarda estrecha vinculación con el estiramiento de poderes del CS, mismo que ha tenido como consecuencia su involucramiento en áreas susceptibles de afectar los DDHH. Por

⁸⁷⁶ Kushtrim Istrefi, "The Application of Article 103 of the United Nations Charter in the European Courts: The Quest for Regimen Compatibility on Fundamental Rights", *European Journal of Legal Studies*, vol. 5, N° 2, Otoño/Invierno/2012/2013, pp. 83-94.

consiguiente, se entiende que aquellos primeros casos por medio de los cuales se han desafiado las resoluciones del CS han tenido que ser resueltos con escasa o nula práctica que pudiera fungir de faro alejandrino para los jueces encargados de desahogarlos. De esta forma, resulta entendible el que sentencias dictadas en un espacio geográfico común reflejen distintas concepciones sobre la relación entre el derecho interno y el derecho internacional, encarnadas en el solapamiento de las obligaciones derivadas de la CNU y las obligaciones internacionales y constitucionales de los Estados con respecto a los DDHH. Por tales motivos, se juzga oportuno adentrarnos en el estudio de algunos casos dimanados de acciones presentadas contra otro tipo de decisiones del CS, tales como la aplicación de sanciones comprensivas o la institución de administraciones territoriales, de forma conjunta al análisis de aquellos asuntos concernientes a la implementación de las sanciones selectivas en el ámbito de la lucha contra el terrorismo, a fin de lograr un mayor entendimiento sobre la evolución que ha tenido lugar en las diversas posturas de los tribunales regionales y nacionales europeos.

Mediante dicha evolución, los tribunales domésticos y regionales han recorrido una azarosa trayectoria a través de la cual se ha replanteado la relación entre la ONU y sus Estados Miembros. Dicho proceso, se ha desenvuelto en un ambiente altamente político, rodeado a su vez por múltiples dificultades técnico-jurídicas que los tribunales han tenido que sortear de manera tal que la revisión de las decisiones del CS pudiera evolucionar, en un tiempo relativamente corto, de ser un mero tema para la discusión académica a considerarse como una auténtica posibilidad en derecho. Probablemente, la dificultad más grande con la que se han topado los juzgadores llamados a revisar los actos de implementación de las resoluciones del CS es que han tenido que desempeñar sus funciones en torno al fenómeno denominado por la profesora Jessica Almqvist como la “titularización global de terrorismo”. Dicha noción, se utiliza para explicar la promoción de una serie de ideas políticas controversiales respecto a la naturaleza cambiante del terrorismo, misma que conlleva la necesidad de crear nuevas estrategias para su erradicación. Tal paradigma, ha provocado una re-conceptualización del fenómeno terrorista que resulta en un cambio en la percepción que de este se tenía como un serio crimen internacional, hacia una apreciación que lo concibe como una amenaza a la seguridad internacional, misma que requiere de un considerable involucramiento entre la rama ejecutiva internacional y sus contrapartes domésticas. De acuerdo con la profesora Almqvist, el proceso de titularización global del terrorismo ha conducido a

que aquellos tribunales involucrados con este tipo de decisiones enfrenten tres problemas particularmente significativos. Primeramente, el proceso sitúa poderes amplios de decisión sobre las medidas antiterroristas en manos de ejecutivos políticos; además, eleva la naturaleza autoritaria de las obligaciones bajo el Capítulo VII de la CNU al tiempo que disminuye la importancia de las obligaciones internacionales relacionadas con los DDHH; finalmente, trata la información con base a la cual se toman las decisiones como secreta o confidencial. De manera conjunta, los factores enunciados resultan en un condicionamiento del derecho de acceso a la justicia de los afectados en cuanto que limitan significativamente, o bien, acentúan los límites ya existentes, que definen el alcance de la revisión judicial⁸⁷⁷.

Aunque relativamente efectiva, la conjunción del ejecutivo internacional con sus contrapartes domésticas conlleva ciertos riesgos que no pueden ignorarse. Discutiblemente, la rama ejecutiva es la más peligrosa de cualquier sección de gobierno en cuanto que tiende a la expansión de forma natural. En el caso particular europeo, se advierte la existencia de una rama ejecutiva supranacional, a través de la cual, de forma equivalente a lo que sucede con el CS, se facilita el ejercicio de auténticos poderes por parte del ejecutivo dentro de un vacío constitucional que impide la calificación *ex post facto* de sus acciones. Inicialmente, tal situación condujo a la infiltración del vacío existente en el plano internacional al plano europeo. Empero, se espera verificar un importante cambio en la actitud del TJUE, así como en aquella del TEDH, que ha permitido la reducción, no así la eliminación total del vacío aludido⁸⁷⁸. En este contexto, se identifica la imperiosa necesidad de desarrollar mecanismos para revisar judicialmente este tipo de actos. En el plano doméstico, se observa que la revisión judicial no ha sido adoptada por todos los Estados, en cuanto a que, en alguno de ellos, la presencia de mecanismos constitucionales de control *a priori* condiciona las decisiones ejecutivas o bien, la promulgación de legislación, de forma tal que se prevenga su inconstitucionalidad. No obstante, el hecho de que las sanciones selectivas se decidan directamente a nivel internacional, o bien, mediante mecanismos internos que emulan los procesos decisorios del CS, ha condicionado el desarrollo de controles *ex ante* a la aplicación de las sanciones selectivas para la lucha contra el terrorismo que en algunos

⁸⁷⁷ Jessica Almqvist, *Op. Cit.*, pp. 305-312.

⁸⁷⁸ Deirdre Curtin & Christina Eckes, "The Kadi Case: Mapping the Boundaries between the Executive and the Judiciary in Europe", *International Organizations Law Review*, vol. 5, n°. 2, pp. 366-367.

casos particulares pueden resultar contrarias a los ordenamientos constitucionales de los EMNU.

Por otro lado, la existencia de un vacío en materia de protección a los DDHH de aquellos identificados como presuntos terroristas pudiera justificarse bajo el argumento de que los poderes de acción del CS en virtud del Capítulo VII de la CNU están diseñados para abordar situaciones de emergencia. Después de todo, resulta lógico considerar que el Órgano diseñado por excelencia para responder a emergencias relativas a la paz y seguridad internacionales tenga poderes para suspender la protección de ciertos DDHH a fin de cumplimentar sus objetivos⁸⁷⁹. Sin embargo, aunque se concede la facultad del CS para suspender los DDHH con el objeto de poner fin a una emergencia, se considera que a menudo se le atribuye un alcance excesivo. Tal atribución, obedece a un uso incorrecto del concepto de “emergencia” empleado para definir el alcance de la suspensión de derechos que puede llevar a cabo el CS. En el ámbito doméstico, la suspensión de DDHH atiende a la necesidad de los Estados de abordar de forma efectiva aquellas situaciones susceptibles de amenazar la vida del Estado. De esta forma, se ha pretendido equiparar dicho concepto acorde a las actividades propias del CS, de manera que englobe cualquier situación susceptible de amenazar la paz internacional. No obstante, a menudo se pasa por alto que los organismos internacionales de DDHH han interpretado restrictivamente la capacidad de los Estados para suspender derechos fundamentales “en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación”⁸⁸⁰ o “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente”⁸⁸¹, de forma tal que les resulte difícil invocar dicha justificación para incumplir con sus obligaciones internacionales. De tal manera, tomando en cuenta que

⁸⁷⁹ Helmut Philipp Aust, “Between Self-Assertion and Deference: European Courts and their Assessment of UN Security Council Resolutions”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 2008, pp. 75.

⁸⁸⁰ El artículo 15(1) del CEDH establece: En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional.

⁸⁸¹ El artículo 4(1) del PIDCP establece: En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

para el CS el actuar frente a una emergencia constituye precisamente su *raison d'être*, habría que considerar que la suspensión de DDHH no podría justificarse ante cualquier amenaza a la paz, sino solamente en relación con una amenaza a la paz calificada, es decir, aquella susceptible de poner en riesgo la convivencia pacífica entre los Estados. Consecuentemente, resulta difícil argumentar que el CS no esté obligado a respetar los mismos derechos que los Estados deben de acatar ante una emergencia cuando actúa en virtud del Capítulo VII⁸⁸². Finalmente, tomando en cuenta que hay quienes asumen que tanto el CS como los EMNU se encuentran en una situación de emergencia permanente a raíz de los ataques del 11 de septiembre sobre los EEUU, no resulta sorprendente el que se susciten preocupaciones sobre el posible empleo del concepto de emergencia para justificar todo tipo de intrusiones a los DDHH⁸⁸³.

La problemática antes descrita ha sido un aspecto decisivo en la labor de aquellos tribunales internos que ha tenido que ocuparse con los casos relativos a las sanciones antiterroristas del CS. En estas condiciones, se ha generado un proceso que encuadra dentro de un esquema constitucionalista internacional al que pudiéramos calificar de reactivo pues se presenta como una respuesta a la expansión competencial del CS. De tal suerte, ante el establecimiento de nuevos mecanismos para generar nuevas normas internacionales, a través de los cuales se ha modificado la manera en que los Estados contraen obligaciones internacionales, al tiempo en que se su capacidad de decisión sobre los medios a emplear para conducir sus respectivas políticas de seguridad nacional se ha visto reducida; algunos tribunales regionales y locales, han respondido por medio de desafíos a ciertos aspectos de la estrategia antiterrorista del CS. A través de tales desafíos, demandan una mayor inclusión en los procesos aludidos. Tal exigencia, ha tenido como resultado un ajuste en la opinión jurídica internacional, mismo que se ha traducido en un reacomodo que implica una mayor consideración para la protección de los DDHH en el ámbito de la lucha contra el terrorismo.

⁸⁸² Enzo Cannizaro, *Op. Cit.*, pp. 210-211.

⁸⁸³ Isabelle Ley, "Legal Protection Against the UN-Security Council Between European and International Law: A Kafkaesque Situation?", *Report on the Fall Conference of the Graduate Program "Multi-level Constitutionalism (Verfassung jenseits des Staates)" in Berlin, 8 December 2006*, Berlín, 2007, pp. 279-293.

Con todo, se estima pertinente hacer referencia al señalamiento del profesor Jose Alvarez⁸⁸⁴ cuando sugiere el ejercicio de cautela al reaccionar ante las acciones contemporáneas del CS. Como correctamente observa, ha de tomarse en cuenta que el CS ha sido uno de los principales partidarios de los DDHH en la arena internacional, diseñando para sí mismo un mandato diverso y considerable en la materia, contribuyendo sustantivamente al desarrollo normativo en dicha esfera. Por estas razones, coincidimos con el citado autor cuando observa que, pese a que las acciones del CS en el ámbito de los DDHH y el derecho internacional humanitario han sido selectivas y problemáticas, todavía, su entreverado legado debe tenerse presente al lidiar con los dilemas resultantes de esta nueva guerra con el terrorismo. De esta forma, se previene el debilitamiento en la capacidad de una de las herramientas más efectivas con las que cuenta la sociedad internacional para responder de forma expedita a las crisis de DDHH, así como para el desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los DDHH.

No obstante, el ejercicio de cierta prudencia no implica necesariamente la pasividad o la deferencia. Esta, parece ser la postura de aquellos tribunales nacionales y regionales que, actuando incluso de forma contraria a los intereses de las ramas ejecutivas de sus respectivos sistemas de gobierno, han emprendido un ejercicio de revisión judicial expresiva, que, lejos de confirmar los temores relativos al socavamiento de la autoridad del CS, misma que pudiera conducir al debilitamiento del sistema de seguridad colectivo; han contribuido al esclarecimiento de los límites bajo los que debe operar el Órgano. Paradójicamente, puede considerarse que la situación descrita, ha reforzado la legitimidad y, por ende, la efectividad de los sistemas sancionadores del CS.

9.1.1 El Desconcierto Inicial producto de la Expansión Competencial del Consejo de Seguridad

Se observa que algunas de las acciones emprendidas por el CS, particularmente en el ámbito de aplicación de sanciones -bien sean estas comprensivas o selectivas-, han generado cierta tensión en las relaciones internacionales de la UE, suscitadas por el solapamiento entre el ordenamiento jurídico internacional -en función de las obligaciones de los Estados Europeo derivadas de la CNU- y el doméstico -representado por el sistema europeo de protección a los DDHH. Esta complejidad en las relaciones

⁸⁸⁴ Jose E. Alvarez, "The Security Council's War on Terrorism: Problems and Policy Options", en: Erika de Wet & André Nollkaemper, (editores), *Review of the Security Council by Member States*, Intersentia, Oxford/Nueva York, 2003, pp. 122-123.

internacionales de la UE fue abordada por el TEDH en relación con el caso *Bosphorus Airways c. Irlanda*⁸⁸⁵ (*Bosphorus*) que se originó a raíz de la implementación de un reglamento comunitario derivado de la resolución 820 (1993)⁸⁸⁶, por medio de la cual el CS decretaba un embargo sobre todos los buques, vehículos de carga, material rodante y aeronaves en que tuvieran intereses mayoritarios o de control las personas o empresas de la República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro). En cumplimiento de la citada resolución, las autoridades irlandesas apresaron en mayo de 1993 un avión que la compañía turca *Bosphorus Airways* había alquilado a la compañía aérea yugoslava *JAT* mientras este se encontraba en territorio irlandés para su mantenimiento. Tras la relajación del régimen de sanciones la aeronave fue devuelta a su propietario, *JAT*, y *Bosphorus Airways* perdió el alquiler que había pagado. Tras pasar por una serie de instancias irlandesas y comunitarias, el asunto llegó finalmente al TEDH en donde el demandante alegó que Irlanda había actuado contrario al CEDH y al Protocolo 1 que garantiza el derecho a la propiedad. Finalmente, el TEDH falló en 2005 en contra del demandante y los criterios utilizados para su decisión trascendieron en cuanto a que fijaron un estándar de valoración entre la cooperación internacional y el respeto a los DDHH⁸⁸⁷.

La relevancia de la sentencia *Bosphorus* radica en que el TEDH intentó reconciliar la importancia que tiene en el ámbito de la cooperación internacional la UE, con el valor preponderante que tiene para esta organización el respeto a los DDHH. Canedo Arrillaga y Gordillo Pérez⁸⁸⁸ destacan que en virtud de la aplicabilidad directa existe la posibilidad de que las autoridades europeas incurran en vulneraciones de los DDHH de los ciudadanos reconocidos en el CEDH que están bajo la jurisdicción de los Estados Miembros. Por ello, el TEDH recurrió en *Bosphorus* a una fórmula para conciliar el respeto al convenio con el papel de la UE como instrumento de cooperación internacional, misma que los citados autores explican de la siguiente manera:

⁸⁸⁵ *Bosphorus Hava Yollari Turzim ve Ticaret Aonim Sirketti c Irlanda (Bosphorus Airways)* (Gran Sala), No. 45036/98, TEDH 2005.

⁸⁸⁶ Resolución 820 (1993) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 17 de abril de 1993.

⁸⁸⁷ Carmen Antón Guardiola., “TEDH. Sentencia de 30.06.05, *Bosphorus Airways* 45036/98 – Derecho Comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 28, 2007, pp. 943-946. Véase también: Juan Antonio Franco, “Control de Legalidad a los Actos del Consejo de Seguridad: ¿Existe una Vía Jurisdiccional?”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N° 29, 2014, pp. 130-131.

⁸⁸⁸ José Ramón Canedo Arrillaga & Luis I. Gordillo Pérez, “Los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la Espera de Lisboa”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, N° 39, 2008, Bilbao, p. 37. Véase también: Juan Antonio Franco, *Op. Cit.*, pp.131-132.

...[E]l Tribunal de Estrasburgo otorga una presunción de conformidad del Derecho comunitario para con el CEDH, presunción que podrá ser rebatida si se demuestra que el Derecho comunitario no ofrece una protección equivalente a la dispensada por el Convenio. Por «equivalente», el Tribunal entiende una protección «comparable», aunque no «idéntica», tanto en lo relativo a las garantías procedimentales, como en lo que respecta a la configuración objetiva del derecho. Sólo cuando la protección de los derechos humanos pudiese considerarse «manifiestamente deficiente», los intereses de la cooperación internacional deben ceder ante el valor del Convenio como instrumento constitucional de orden público europeo en el campo de los derechos humanos⁸⁸⁹.

El caso *Bosphorus*, uno de los primeros asuntos relativos a la implementación de sanciones adoptadas por el CS, se ha convertido en paradigmático en función de su enfoque armonizador, a través del cual, el TEDH intentó resalta el carácter de la UE como sujeto cabal de Derecho Internacional al tiempo en que señaló un estándar mínimo de protección a los DDHH⁸⁹⁰. Asimismo, el Tribunal reiteró el principio de no elusión al señalar que los Estados no se podían librar de sus obligaciones con respecto al CEDH transfiriendo funciones a una OI en cuanto a que esto implicaría que las garantías contenidas en dicho instrumento pudieran ser modificadas o limitadas de acuerdo a su discreción. Con todo, el Tribunal determinó que en el caso en comento no existía violación a los DDHH puesto que el grado de protección ofrecido por el ordenamiento jurídico comunitario podía considerarse “al menos equivalente” a aquel previsto por el CEDH. De esta forma, el TEDH revisó por primera vez un acto originado en la resolución del CS, mismo que terminó confirmando con base a la teoría de la protección equivalente⁸⁹¹.

Bosphorus se presenta como un punto de partida idóneo para el análisis en curso en cuanto a que refleja parte de la problemática recurrente que habrían de enfrentar los diversos tribunales en el espacio regional europeo en relación con la implementación de las decisiones del CS. En un primer plano, el caso resulta ilustrativo de las complicaciones inherentes al solapamiento de sistemas jurídicos distintos. Inicialmente,

⁸⁸⁹ Véase: *Ibid.*, pp. 37-38, citado por: Juan Antonio Franco, *Op. Cit.*, pp.131-132.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, p. 132.

⁸⁹¹ Luis I. Gordillo Pérez, *Op. Cit.*, pp. 221-222.

Bosphorus Airways presentó su caso ante los tribunales irlandeses. En última instancia, la Suprema Corte de Irlanda solicitó al TJUE que se pronunciara sobre la legalidad de las medidas de implementación irlandesas a través de una cuestión prejudicial. Este último, confirmó la legalidad de las medidas al sostener que dentro del sistema jurídico comunitario es posible restringir la libertad al ejercicio de ciertos derechos fundamentales -tales como la propiedad o la libertad de ejercer el comercio- si tales limitantes obedecen a la necesidad de implementar las sanciones derivadas de la ONU con total efectividad. Como se ha hecho mención, Bosphorus Airways presentó senda demanda ante el TEDH. Dicho Tribunal se considera incompetente para revisar actos comunitarios en cuanto que la UE no es parte del CEDH. No obstante, posee competencia para revisar los actos de aquellos Miembros de la UE mediante los cuales se implementan decisiones comunitarias, siempre y cuando dichos Estados también sean parte del CEDH. De esta forma, se advierte que la multiplicidad de jurisdicciones condiciona hasta cierto punto el alcance que podrá tener la revisión judicial. De tal manera, tras considerar que la protección ofrecida por el sistema comunitario era comparable, más no idéntica a aquella garantizada por el CEDH, el TEDH señaló que únicamente revisaría actos comunitarios en aquellos casos en que la protección a los derechos fundamentales fuese manifiestamente deficiente. Siendo que el TEDH no definió lo que entendía por una protección manifiestamente deficiente, así como que la revisión que puede realizar de los actos comunitarios solo puede ser indirecta, resulta posible vislumbrar las dificultades que entraña desafiar tales medidas en el espacio europeo no obstante las diferentes avenidas que existen para hacerlo⁸⁹².

Recientemente, el TEDH tuvo ocasión de reafirmar el principio de protección equivalente inaugurado en *Bosphorus*, al resolver el caso de *Avotins c. Letonia*⁸⁹³. Dicho asunto, involucró tanto a una sentencia dictada por una corte distrital en Chipre, por medio de la cual, se ordenó al demandante pagar una deuda contraída con una compañía chipriota, así como a una orden emitida por la Suprema Corte de Letonia para la implementación de la sentencia en dicho Estado. El demandante, se quejó ante el TEDH alegando una violación al artículo 6(1) del CEDH, en cuanto a que consideraba que siendo que el fallo chipriota se había rendido en violación de sus derechos a la defensa, la Suprema Corte de Letonia, al ordenar su ejecución, había vulnerado su derecho a un

⁸⁹² Nikolaos Lavranos, “UN Sanctions and Judicial Review”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 76, n° 1, 2007, pp. 7-9.

⁸⁹³ *Avotins c. Letonia* (Gran Sala), No. 17502/07, TEDH, 23 de mayo de 2016, párr. 101-127.

proceso equitativo. El TEDH notó que el reconocimiento del juicio por parte de las cortes letonas, se había realizado en función del reglamento 44/2001 del Consejo de la UE, comúnmente conocido como el Reglamento No. 1 de Bruselas. Lo mismo que en *Bosphorus*, el Tribunal declaró su incompetencia para pronunciarse sobre la legalidad de actos con respecto al derecho interno de los Estados, así como a otros tratados internacionales distintos al CEDH. De esta forma, su jurisdicción con respecto al caso se limitaba a verificar la compatibilidad de los actos impugnados con el CEDH.

Haciendo eco de su propia jurisprudencia, el TEDH procedió a aplicar el *test* de protección equivalente. Recordó, que la aplicación del principio de protección equivalente al sistema jurídico de la UE dependía de dos condiciones: la primera, la ausencia de cualquier margen de apreciación por parte de las autoridades domésticas encargadas de ejecutar el acto; y, la segunda, el despliegue de todo el potencial del mecanismo de protección provisto por la UE. En cuanto a la primera de tales, consideró que siendo que el acto había sido aplicado a través de un reglamento y no de una directiva, debía considerarse que el Estado ejecutor no gozaba de margen alguno apreciación. Si bien el artículo 34(2) del Reglamento No. 1 de Bruselas contempla la posibilidad de no ejecutar una sentencia extranjera, el numeral referido establece límites y condiciones lo suficientemente precisas como para considerar que da pie a cualquier margen de maniobra. Con respecto al segundo requisito, el TEDH observó que en *Bosphorus*, había reconocido que los mecanismos de protección de la UE otorgaban un grado de protección equivalente a aquel contemplado en el CEDH. Notó, que el demandante no había realizado alegación alguna ante las cortes letonas sobre la necesidad de solicitar una cuestión prejudicial al TJUE para que interpretase la compatibilidad del artículo 34(2) del Reglamento No. 1 de Bruselas con los DDHH. No obstante, consideró que tal situación no impedía considerar la aplicabilidad de la presunción de protección equivalente al caso, puesto que la Corte Suprema de Letonia no había hecho más que cumplir con las obligaciones de dicho Estado derivadas de su carácter de Miembro de la UE⁸⁹⁴.

Además de reafirmar el principio de protección equivalente, el caso resulta ilustrativo de como los diversos tribunales regionales y locales operando en un espacio geográfico común, guardan conciencia sobre la inevitable interacción de los respectivos ordenamientos jurídicos a los que responden, así como del papel que están llamados a

⁸⁹⁴ *Ibid.*

desempeñar para que dicha interacción se lleve a cabo en la mayor armonía posible. En este sentido, puede observarse que *Avotins c. Letonia* resulta en la primera aplicación del principio de protección equivalente desde que el TJUE adoptó el Dictamen 2/13 de fecha 18 de diciembre de 2014. A través de dicho instrumento, el TJUE rechazó un proyecto de acuerdo internacional para la adhesión de la UE al CEDH. En este contexto, se suscitaron inquietudes sobre si el TEDH modificaría la presunción de protección equivalente, ante lo que fue percibido en ciertos círculos con un rechazo un tanto beligerante por parte del Tribunal de Luxemburgo. Particularmente, el Presidente del TEDH realizó ciertas declaraciones en el preámbulo del Reporte Anual de dicho órgano judicial presentado en 2015, en el sentido de que el rechazo del proyecto por parte del TJUE constituía una gran decepción. Inclusive, advirtió que los principales perjudicados por tal eventualidad, serían aquellos ciudadanos europeos a los que se les negaba el mismo grado de protección externa con respecto a la aplicación de los actos de la UE, que aquella de la que gozan en relación con los actos dimanados del derecho interno de sus respectivos Estados. No obstante, la sentencia permite considerar la prevalencia del principio de protección equivalente, así como la disponibilidad del TEDH para seguir contribuyendo a la cooperación internacional en el ámbito regional europeo⁸⁹⁵.

Con todo, *Bosphorus* representa un hito en el tema de la revisión judicial de los actos de las OI, tanto así que se ha convertido en una referencia por antonomasia. Sin embargo, el enfoque armonizador utilizado para la resolución de dicho asunto no sería el imperante durante la primera etapa de demandas presentadas en el espacio geográfico europeo relativas a las decisiones del CS. Su resolución, implicó la interacción de diversos planos jurídicos en cuanto que fue desahogado ante el propio TEDH, los tribunales comunitarios y algunos tribunales domésticos. Como se ha referido, dichas entidades han empleado enfoques que varían en el grado de deferencia que muestran sus respectivos ordenamientos jurídicos con respecto al sistema ONU. De tal manera, es posible observar cierta progresión favorable al incremento del nivel de protección a los DDHH. En una primera etapa, se identifican una serie de juicios que manifiestan una política de adhesión total al régimen de Naciones Unidas. Tal curso de acción, sugiere que los tribunales actuaban en función de una suerte de desdoblamiento funcional a través del cual, se permitieron actuar por cuenta del ordenamiento jurídico de la ONU al

⁸⁹⁵ Stian Øby Johansen, "EU law and the ECHR: the Bosphorus presumption is still alive and kicking - the case of *Avotins v. Latvia*", *EU Law and Analysis*, 24 de mayo de 2016, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.mx/2016/05/eu-law-and-echr-bosphorus-presumption.html>.

procurar la realización de los valores provenientes de dicho sistema⁸⁹⁶. Una segunda etapa, se caracteriza por la emisión de sentencias en donde el ordenamiento jurídico interno asume una actitud de desapego con respecto al sistema ONU, reafirmando la superioridad de los valores propios sobre aquellos dimanados del plano internacional. Finalmente, puede ubicarse un tercer grupo de casos en una etapa caracterizada por la armonización. En ésta, los operadores jurídicos han procurado balancear en la medida de lo posible aquellos valores aparentemente en conflicto entre ambos planos normativos mediante el empleo de ingeniosas técnicas de interpretación.

Cabe señalar, que la progresión aludida no se ha registrado de forma cronológica en cuanto a que la culminación de una etapa no implica el inicio de otra y viceversa. Por el contrario, no puede entenderse que alguno de los tres enfoques haya caído en desuso o bien que alguno haya reemplazado al resto por completo. Sin embargo, se advierte una tendencia a alejarse de los extremos en pos de un balance que permita a los diversos sistemas jurídicos mantener sus prerrogativas al tiempo en que se crean puentes para la cooperación inter-sistémica. Por medio de un texto publicado en el año 2003, la profesora Gowlland-Debbas observaba como hasta ese momento, los tribunales no habían mostrado la disposición de desafiar frontalmente al CS. Al mismo tiempo, advertía que la situación pudiera modificarse frente al aumento de demandas presentadas ante tribunales locales y regionales. Hoy día, la predicción de la profesora Gowlland-Debbas se ha convertido en una realidad, lo mismo que sus observaciones con respecto a la necesidad de llevar a cabo un debate en el plano internacional, de forma tal que la confianza de los EMNU en la Organización no resultase erosionada. Del mismo modo, no podemos sino concordar con la citada autora cuando señala que las complejidades relativas a la interrelación entre el derecho internacional y el derecho doméstico ya no pueden ser abordadas mediante soluciones tradicionales como las que presentan las teorías dualistas y monistas⁸⁹⁷.

La mayoría de los primeros casos desahogados en función de demandas originadas en la implementación de las decisiones del CS ocurrieron en relación con el establecimiento de los Tribunales penales para Ruanda y la Ex Yugoslavia. Tales asuntos, se caracterizaron por su falta de uniformidad en las decisiones, situación que

⁸⁹⁶ Pasquale de Sena & Maria Chiara Vitucci, "The European Courts and the Security Council: Between Dédoulement Fonctionnel and Balancing of Values", *The European Journal of International Law*, vol. 20, n° 1, 2009, p. 210.

⁸⁹⁷ Vera Gowlland-Debbas, "The Domestic Implementation of UN Sanctions", *Op. Cit.*, pp. 75-76.

dio lugar a su heterogeneidad. Entre la pluralidad descrita, algunos tribunales asumieron el derecho a revisar los actos de implementación de las decisiones del CS. Los casos *Milosevic* y *Rukundo*, ventilados en Holanda y Suiza respectivamente; se suscitaron a raíz de la cumplimentación de órdenes de traslado emitidas por el CS para el TPIY en el primer caso, y para el TPIR, en el segundo. Pese a que tales asuntos no derivan de la aplicación de sanciones selectivas en el contexto de la lucha contra el terrorismo, se considera que guardan relevancia para nuestro tema de estudio en cuanto a que ejemplifican las complicaciones que pueden surgir cuando se aplican decisiones emergidas en el plano internacional directamente sobre individuos. Del mismo modo, ilustran como incluso a partir de los primeros roces entre las judicaturas domésticas y las resoluciones del CS; el empleo de los DDHH resultaba la vía más adecuada para vislumbrar la posibilidad de revisar indirectamente tales decisiones.

El caso de Slodoban Milosevic, antiguo presidente de Yugoslavia, resulta ilustrativo del desconcierto inicial que caracterizó la resolución de asuntos que implicaban la valoración de las resoluciones del CS. Tras su arribo a los Países Bajos, lugar en donde permaneció detenido en las instalaciones del TPIY, Milosevic solicitó a una corte distrital de La Haya que ordenase al Estado holandés su liberación. Su demanda se basó principalmente en el argumento de que el CS carecía de competencia para establecer un tribunal penal en virtud del Capítulo VII de la CNU. Al emitir su sentencia, la corte tomó en cuenta lo decidido por la Sala de Apelación del TPIY en *Tadic*, reafirmando la competencia del CS para instituir tribunales como una medida de carácter ejecutivo para mantener la paz y seguridad internacionales. Al hacerlo, discutió ampliamente la demanda, toda vez que se abstuvo de considerar que estaba impedida para revisar las decisiones del CS por cuestiones de principio⁸⁹⁸.

De forma similar, el *Bundesgerichtshof* de Suiza tuvo que revisar incidentalmente una decisión del CS en relación con el caso *Rukundo*. El juicio, se originó a raíz de la solicitud de traslado del Sr. Rukundo por parte del TPIR al Estado suizo. Entre otras cosas, el solicitante alegó que el procedimiento ante el TPIR no satisfaría los estándares para un juicio justo establecidos en el artículo 14 de PIDCP. Mediante una sentencia que puede calificarse de ambigua, el *Bundesgerichtshof* consideró la existencia de una fuerte presunción de legalidad hacia las decisiones del CS, al tiempo que dejó entrever

⁸⁹⁸ Erika de Wet & André Nollkaemper, “Review of Security Council Decisions by National Courts”, *Op. Cit.*, p. 193.

la posibilidad de revisarlas en circunstancias distintas. De esta forma, subrayó que Suiza no apoyaría procedimientos internacionales que no garantizaran los derechos fundamentales reconocidos en el PIDCP y el CEDH en cuanto a que constituyen elementos del orden público internacional. Discutiblemente, puede considerarse que, al situar al derecho a un juicio justo dentro de dicho orden público, el tribunal, le reconoció efectivamente carácter de *jus cogens*. Por otro lado, la corte reconoció que debía otorgarse una fuerte presunción de legalidad a un organismo judicial creado por el CS. Del mismo modo, debía presumirse la conformidad de los procedimientos del TPIR con los estándares de DDHH internacionalmente aceptados. De esta forma, aunque el fallo del *Bundesgerichtshof* no derivó en un desafío a una decisión del CS, todavía, resulta ilustrativo de la disponibilidad inicial de algunas cortes domésticas por revisar aquellas decisiones del órgano que pudiesen socavar los valores fundamentales de la comunidad internacional⁸⁹⁹.

En lo particular, se encuentra que las sentencias referidas resultan evocativas del asunto *Lockerbie* desahogado ante la CIJ. Se recordará, que, pese a que la Corte no emprendió una revisión sustantiva de las resoluciones pertinentes del CS, dejó entrever que la presunción de legalidad que estas revisten pudiese ser refutada en la fase de méritos. Con todo, los casos referidos constituyeron evidencia temprana de las tensiones que pueden suscitarse por el choque entre las obligaciones jerárquicamente superiores provenientes de un orden constitucional posnacional como la CNU, aunque sea imperfecto; el carácter fundamental que ostenta en la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos el derecho al debido proceso; y, a la vez, el ordenamiento constitucional internacional en ascenso. Del mismo modo, reflejan las incertidumbres tocantes a la cuestión sobre cual plano jurídico -nacional o internacional- resulta idóneo para resolver tales complicaciones⁹⁰⁰. Asimismo, la forma en que fueron abordados pone de manifiesto el hecho de que no todos los Estados se consideran compelidos a implementar las resoluciones del CS de manera automática cuando estas vayan en detrimento de los valores propios a su ordenamiento constitucional. A manera de ejemplo, cabe aludir al artículo 9 del Acta de Sanciones de 1977, previsión que permite

⁸⁹⁹ Erika de Wet, “The International Constitutional Order”, *Op. Cit.*, pp. 70-71.

⁹⁰⁰ *Ibid.*

a las autoridades holandesas, si bien en circunstancias excepcionales, modificar o incluso dejar de aplicar las resoluciones del CS⁹⁰¹.

Sin embargo, resulta difícil considerar que acciones como las que se describen en los párrafos anteriores pudiesen haber progresado. Como es sabido, la decisión de la Sala de Apelación del TPIY parece haber puesto fin al debate sobre la legalidad de su creación, por lo menos desde un punto de vista formal. Asimismo, un hallazgo en el sentido de que los tribunales penales internacionales operan por debajo de los estándares de protección a los DDHH internacionalmente aceptados hubiese sido difícil de justificar, tomando en cuenta que los derechos concernientes al debido proceso se encuentran debidamente reconocidos en sus respectivos estatutos. No obstante, la aplicación de sanciones selectivas para el combate al terrorismo tuvo un comienzo en el que los procedimientos diseñados para su implementación carecían de cualquier tipo de garantía procesal, adoleciendo principalmente la falta de un mecanismo de revisión. Ante tales circunstancias, resulta entendible el que un cierto número de Estados, expertos independientes, e incluso personal de Naciones Unidas, hayan señalado la necesidad de tomar medidas para mejorar las garantías procesales de aquellos individuos sujetos a las sanciones selectivas del CS. Para Suecia, tal necesidad se tornó en un imperativo cuando en noviembre de 2001 tres de sus nacionales encontraron que sus activos habían sido congelados en cumplimiento de ciertos reglamentos comunitarios que tenían por objeto la implementación de la resolución 1267 (1999). Tras nueve meses, dos de las personas sancionadas fueron removidas de la lista del Comité de Sanciones, fruto de las negociaciones entre Suecia y los EEUU, Estado que había designado su inclusión. No obstante, el proceso de remoción fue azaroso y eventualmente condujo a la presentación de la primera demanda ante el TJUE en relación con la aplicación de las sanciones antiterroristas del CS⁹⁰².

Ante la ausencia de cualquier procedimiento de revisión judicial o administrativo, las autoridades suecas intentaron asistir a sus nacionales a través de los medios políticos que tenían a su alcance. Con prontitud, solicitaron tanto a los Estados Unidos como al Comité de Sanciones el acceso a la información que contenía la evidencia con base a la cual se habían designado las sanciones. EEUU, presentó una serie de documentos que la

⁹⁰¹ Erika de Wet & André Nollkaemper, "Review of Security Council Decisions by National Courts", *Op. Cit.*, p. 192.

⁹⁰² Iain Cameron, "UN Targeted Sanctions, Legal Safeguards and the European Convention on Human Rights", *Nordic Journal of International Law*, vol. 72, n°. 2, 2003, p. 172.

Policía de Seguridad Sueca tuvo oportunidad de revisar. Mediante una declaración pública, la Policía de Seguridad afirmó que no existía nada en los documentos revisados que pudiese confirmar las acusaciones. Asimismo, el Departamento Nacional de Investigación Criminal perteneciente a dicho cuerpo policiaco declaró públicamente que no existían sospechas de que los afectados hubiesen cometido crimen alguno de acuerdo a la legislación nacional. No obstante, las autoridades suecas continuaron implementando cabalmente las sanciones, de manera tal que el cumplimiento de sus obligaciones internacionales derivadas de la CNU no se viese afectado. En este contexto, el CS emitió la resolución 1390 (2002), instrumento a través del cual adoptó una de las primeras reformas al régimen 1267 con el fin de instituir garantías procesales, consistente en la instrucción al Comité de Sanciones para la elaboración de los criterios que habrían de determinar una inclusión a la lista. Suecia, interpretó la resolución como una oportunidad para presentar argumentos a favor de que las designaciones se realizasen con mayor transparencia, así como sobre criterios legales establecidos que permitiesen evaluar adecuadamente la evidencia. De tal manera, tras solicitar al Comité de Sanciones la revisión general de la lista, presentó ante dicho organismo una solicitud en favor de la remoción de sus nacionales. Cabe recordar, que, en aquel momento, no existía procedimiento alguno para solicitar la supresión por cualquier vía, incluyendo la diplomática. Con todo, la solicitud sueca fue negada el 5 de febrero del 2002 debido a las objeciones de Rusia, EEUU y el Reino Unido. Sin tomar una posición sobre la culpabilidad de los sancionados, Suecia presentó una nueva solicitud de supresión. Sobre la base de que no había información superviniente en relación con los afectados, el Comité de Sanciones denegó nuevamente la supresión en fecha de 15 de febrero de 2002⁹⁰³.

Meses antes, los tres nacionales suecos Abdirisak Aden, Abdulaziz Ali y Ahmed Yusuf; habían presentado, de forma conjunta con la “Al Barakaat International Foundation”, persona jurídica igualmente sancionada, una demanda ante el TPI con el objeto de solicitar la suspensión, anulación e inaplicabilidad de los reglamentos comunitarios a través de los cuales se habían hecho aplicables las sanciones. Eventualmente, Aden y Ali retirarían su demanda debido a su remoción de la lista. Yusuf y la compañía Al-Barakaat, presentarían nuevas demandas que serían resueltas

⁹⁰³ Per Cramér, “Recent Swedish Experiences with Targeted UN Sanctions: The Erosion of Trust in the Security Council”, en: Erika de Wet & André Nollkaemper, (editores), *Review of the Security Council by Member States*, (Oxford/Nueva York: Intersentia, 2003), pp. 90-95.

por el TPI conjuntamente con el asunto *Kadi*. De tal manera, el asunto *Aden y Otros* quedaría permanentemente pendiente de resolución. No obstante, en relación con el caso, el TPI tuvo oportunidad de emitir un auto en respuesta a la solicitud de medidas provisionales. En dicho instrumento, consideró que la suspensión de las sanciones solicitada por los demandantes no se encontraba justificada en virtud de dos razones. Primeramente, siendo que el Estado sueco había estado brindando asistencia social tanto a los demandantes como a sus familias -o por lo menos la posibilidad de solicitarla-, no se encontraba justificada la urgencia necesaria para decidir a su favor. Los demandantes, mostraron preocupación en el sentido de que siendo que la inaplicación de los reglamentos comunitarios resultaba punible en virtud de la legislación penal sueca correspondiente, la legalidad de los pagos a su favor efectuados por las autoridades resultaba incierta⁹⁰⁴. Encomiablemente, Suecia se había dado a la tarea de brindar asistencia social a los demandantes y sus familias, aun antes de que las excepciones humanitarias al Régimen 1267 fueran instituidas por el CS.

Paralelamente, el TPI analizó el argumento presentado por los demandantes en el sentido de que la aplicación de las sanciones derivaba en un perjuicio moral a sus personas. Consideró, que la suspensión de los reglamentos impugnados no podría reparar tal perjuicio en mayor medida que la posible anulación futura de estos al término del procedimiento principal. De esta forma, al tiempo en que denegó las medidas provisionales solicitadas por los demandantes, dejó entrever -tal y como había hecho la CIJ en *Lockerbie*- cierta disponibilidad para revisar las decisiones del CS⁹⁰⁵. No obstante, al centrarse en la valoración de los requisitos necesarios para decidir la aplicación de medidas provisionales -tal y como correspondía a la etapa procesal en curso-, el tribunal no tuvo necesidad de considerar los alegatos presentados por las partes. Estos, evidenciaron algunas de las complicaciones derivadas de la colisión entre el ordenamiento jurídico comunitario y el sistema jurídico ONU que inevitablemente tendrían que ser abordadas por el TJUE durante la resolución del asunto *Kadi*.

En primer término, se advierte cierta incertidumbre en relación con la competencia de la Comunidad Europea (CE) para adoptar las sanciones selectivas del CS, así como en lo concerniente a las consecuencias relativas a su aplicación. Los demandantes, mostraron preocupación al considerar que el modo en que habían sido designadas las

⁹⁰⁴ *Aden y Otros c. Consejo y Comisión*, Asunto No. T-306/01 R, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, 7 de mayo de 2002, Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia, párr. 97-98.

⁹⁰⁵ *Ibid.*, párr. 117.

sanciones a nivel ONU a través de una lista era contrario a los principios de seguridad y legalidad jurídica. Asimismo, señalaron que siendo que el Consejo de la UE únicamente había añadido sus nombres a los reglamentos comunitarios con base a la información recibida por el Comité de Sanciones y que no había examinado las razones por las que este último los había incluido en la lista, toda vez que tampoco se había analizado la realidad de una supuesta violación de normas antes de aplicar la sanciones. De esta forma, consideraron que el único control de legalidad realizable a nivel comunitario consistía en la verificación de la correspondencia de los nombres designados por el CS con la identidad de las personas sancionadas. Añadieron, que el Comité de Sanciones no garantiza control alguno debido a que se encuentra impedido para tales efectos por su naturaleza política⁹⁰⁶. De esta forma, los demandantes pusieron de manifiesto algunas de las complicaciones derivadas de la falta de mecanismos de control adecuados a nivel internacional una vez que las sanciones del CS son traspuestas al ordenamiento jurídico interno.

De forma similar, *Aden y Otros* sacó a colación consideraciones relativas a los mecanismos empleados por la UE para trasponer las decisiones del CS, así como a su competencia para tales efectos. Por un lado, las partes demandadas habían alegado la competencia exclusiva de la CE para aplicar las sanciones en virtud de los artículos 60 y 301 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) mientras que, por el otro, habían sostenido que, en caso de que el Tribunal decidiese la ineficacia de los reglamentos impugnados, Suecia continuaba obligada a aplicar las sanciones en virtud del artículo 25 de la CNU⁹⁰⁷. De esta forma, comenzaban a emerger las dudas concernientes al papel que jugaban o deberían jugar las resoluciones del CS en el ordenamiento jurídico europeo. La contradicción advertida, sería abordada de manera controversial por el TJUE durante la ventilación del asunto *Kadi*. Por esta razón, reservaremos el análisis de dicha cuestión para la siguiente sección. Por ahora, nos vale la referencia para ejemplificar algunas de las dificultades que inicialmente supuso la colisión entre el ordenamiento jurídico comunitario y el internacional. Tales dificultades, guardan estrecha relación con el desarrollo del enfoque de acuerdo al cual, en la implementación de las resoluciones del CS, los Estados gozan de cierta margen de apreciación a través del cual pudieran subsanar algunas de las deficiencias en materia de garantías procesales de las que adolecen los regímenes de sanciones del CS. Dicha

⁹⁰⁶ *Ibid.*, párr. 62-64.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, párr. 60.

postura, ha sido clave en el desarrollo y, discutiblemente, en la consolidación de la idea de que, efectivamente, los tribunales internos son competentes para revisar indirectamente los actos del CS. Finalmente, el auto en comento resulta ilustrativo de como la cuestión principal alegada por los demandantes, es decir, la vulneración de sus DDHH -especialmente aquellos relativos al derecho a la defensa- se difuminó entre consideraciones relativas a la jerarquía normativa y a los aspectos eminentemente formales conexos a la aplicación de sanciones.

Más allá del valor jurídico que pueda revestir el auto sobre medidas provisionales analizado, se encuentra que la manera en que Suecia decidió abordar la problemática en la que se vieron envuelta sus nacionales ha sido de gran importancia para el desarrollo posterior de los sistemas de sanciones. En este sentido, se observa que además de participar activamente en las gestiones que finalmente llevaron a la supresión de dos de sus nacionales; se involucró notablemente en la promoción de reformas tendientes a mejorar los sistemas de implementación y monitoreo de las sanciones selectivas. De tal manera, junto a Suiza y otros Estados interesados, presentó una iniciativa de mejoras basada en el modelo europeo descentralizado a través del cual se venía implementando la resolución 1373 (2001)⁹⁰⁸. Subsecuentemente, participó activamente en el Proceso de Estocolmo, mismo que fue una continuación del Proceso de Interlaken, el cual constituyó un esfuerzo académico para mejorar las sanciones selectivas. A tales procesos, sucedió aquel denominado como Proceso de Bonn/Berlín, mismo que se centró en temas relativos a embargos armamentistas y restricciones de viaje. No obstante, pese a la insistencia sueca, el tema del incremento a las garantías procesales tuvo que abandonarse debido a la reticencia para abordarlo de un grupo pequeño de Estados, entre los cuales, figuraban EEUU y el Reino Unido. Sin embargo, las cuestiones de las garantías en materia de DDHH fueron tratadas en un proceso paralelo del cual resultó un reporte conformado por el profesor Iain Cameron de la Universidad de Uppsala. Este, sería referido al CS a través del reporte adoptado con base a las deliberaciones del proceso de Estocolmo. Con todo, debe considerarse que la ONU había comenzado a mostrar cierta receptividad ante las críticas formuladas a los

⁹⁰⁸ Como se recordará, la resolución 1373 (2001) permite a los Estados designar por sí mismos a aquellas personas a las que habrán de aplicarse las medidas antiterroristas. Tal situación, eventualmente sería aprovechada por la UE para incluir ciertas garantías procesales ausentes en el régimen 1267. Asimismo, daría lugar a una variación en la jurisprudencia de los tribunales comunitarios de acuerdo a la cual, con base en el margen de apreciación conferido mediante la resolución 1373 (2001) el grado de protección de los sancionados se vería significativamente aumentado por dichos tribunales.

regímenes de sanciones. Muestra de lo anterior, pueden señalarse las primeras mejoras realizadas al Régimen 1267, constitutivas en el primer procedimiento de remoción basado en la diplomacia, así como la instauración de excepciones humanitarias a través de las cuales se posibilitó el no congelamiento de aquellos fondos necesarios para cubrir las necesidades básicas de los sancionados⁹⁰⁹.

Así las cosas, las deficiencias en materia de DDHH asociadas a la implementación de sanciones selectivas del CS propiciarían un incremento en el número de demandas presentadas ante instancias locales y regionales, particularmente en el ámbito de la UE. Dicha ocurrencia, generaría un mayor involucramiento del TJUE que, a diferencia de lo sucedido en *Aden y Otros*, tendría que realizar mayores esfuerzos por remediar la situación jurídica de los afectados. Como puede apreciarse, las primeras demandas relativas a la implementación de las resoluciones del CS, evidencian un desconcierto por parte de los tribunales regionales y nacionales que tuvieron que ocuparse de ellas. Los casos *Milosevic* y *Rukundo*, apenas y permiten vislumbrar la posibilidad de un mayor involucramiento por parte de los tribunales regionales y locales operando en el espacio europeo, en cuanto que difícilmente puede considerarse que los argumentos de los demandantes hubieran podido prosperar.

No obstante, el caso *Aden y Otros* constituyó representó en su momento la punta del iceberg que habría de encarnarse en la serie de juicios producto de la implementación de las sanciones selectivas del CS. Sin embargo, siendo que el TPI no se vio en la necesidad de considerar el fondo de dicha causa, su desahogo puede considerarse como un ejercicio preliminar al proceso de revisión judicial expresiva que habría de desenvolverse alrededor de las demandas derivadas de la aplicación de las resoluciones del CS. Dado el carácter informal de la revisión judicial expresiva, esta no se desarrolla exclusivamente en torno a la aplicación de sanciones selectivas. Por el contrario, si algo se desprende del análisis de estos casos tempranos, es que la diversificación en el radio de acción del CS ha tenido como corolario la proliferación de situaciones susceptibles de afectar la esfera jurídica de los particulares. Dicha problemática, se ha suscitado también con respecto a la implementación de otro tipo de acciones, como la aplicación de sanciones comprensivas o bien el establecimiento de administraciones territoriales. En dichos ámbitos, el TEDH ha rendido sentencias que han contribuido significativamente a erosionar el dogma de la doctrina de la cuestión política al buscar

⁹⁰⁹ Per Cramér, *Op. Cit.*, pp. 102-105

armonizar la realización efectiva de la cooperación internacional con la protección integral de los DDHH. No obstante, tras *Bosphorus*, el TEDH se alejaría del enfoque arminizador empleado en dicho asunto, en favor de una postura deferencial ante la ONU. Sin embargo, la interacción entre dicho Tribunal y el TJUE, así como otros tantos tribunales nacionales europeos, facilitaría un cambio de actitud en el Tribunal de Estrasburgo, cuyas sentencias sobre asuntos que implementan resoluciones del CS, han resultado en contribuciones de gran trascendencia para la erosión de la idea de que las decisiones de dicho Organismo, eluden cualquier tipo de control jurisdiccional.

9.1.2 Entre la Atribución y la Inmunidad: ¿Hacia un Modelo de Cooperación Incondicional?

Con fecha de 2 de mayo del año 2007, la Gran Sala del TEDH emitió una decisión conjunta sobre la admisibilidad de los casos *Behrami* y *Saramati* (*Behrami/Saramati*)⁹¹⁰. Tal sentencia, reviste gran importancia para el estudio en curso en cuanto a que resulta ilustrativa de las dificultades que implica para aquellos afectados por las decisiones o políticas de una OI, acceder a algún remedio judicial con el fin de resarcir el daño sufrido. Asimismo, evidencia como la conjunción de distintos agentes provenientes de diversos sistemas jurídicos en la implementación de las decisiones del CS puede dificultar seriamente la atribución de responsabilidad. Principalmente, el caso pone de manifiesto la existencia de un vacío de protección a los DDHH en relación con los actos de las OI. Del mismo modo, el análisis de la jurisprudencia subsecuente por parte de ciertos tribunales domésticos y el propio TEDH, revelará un cambio de actitud en dichas instituciones, a través del cual han pretendido subsanar las deficiencias que *Behrami/Saramati* ha puesto de manifiesto.

Los hechos que conducen al desahogo del asunto *Behrami* ante el TEDH se originaron entorno al ocaso del conflicto entre Kosovo y la entonces República Federal de Yugoslavia. Mediante la resolución 1244 (1999)⁹¹¹, el CS determinó la creación y despliegue de dos presencias internacionales al auspicio de la ONU en territorio Kosovar. Una de tales presencias, sería de naturaleza civil (UNMIK)⁹¹² y fungiría como administración territorial interina en Kosovo. La segunda, sería una fuerza de seguridad,

⁹¹⁰ *Behrami* y *Behrami* c. Francia, No. 71412/01 y *Saramati* c. Francia, Alemania y Noruega, No. 781166/01, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2 de mayo de 2007, Decisión (Admisibilidad).

⁹¹¹ Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 10 de junio de 1999.

⁹¹² Por sus siglas en inglés: United Nation Mission in Kosovo.

encargada de operaciones de mantenimiento de la paz en la región (KFOR)⁹¹³. El 11 de marzo del año 2000, poco después del despliegue de ambas, un grupo de niños se encontraba jugando en las colinas de la municipalidad Kosovar de Mitrovica. El grupo, incluía a dos de los hijos del señor Agim Behrami, Gadaf y Bekim Behrami. Los niños se encontraron con un conjunto de bombas de racimo sin detonar que habían permanecido en la región desde el bombardeo llevado a cabo por la OTAN en 1999. Creyendo que era seguro, uno de los niños lanzó una de las bombas al aire. La bomba detonó, matando a Gadaf Behrami. Por su parte, Bekim Behrami fue seriamente lesionado. A consecuencia sus lesiones, perdería la vista y quedaría desfigurado⁹¹⁴.

Pese a la emisión de un reporte por parte de la Policía de la UNMIK en el que se concluía que el incidente era constitutivo de un homicidio imprudencial producto de la negligencia, el Sr. Behrami recibió una carta del Fiscal Público de Distrito a través de la cual se le notificaba que se consideraba lo ocurrido como un accidente. Por ello, el Fiscal no presentaría acusaciones penales, aunque señalaba el derecho de Behrami a presentarlas en un plazo de 8 días a partir de haber recibido la carta. De tal manera, Behrami recurrió a la Oficina de Reclamos de Kosovo, alegando que Francia no había respetado el contenido de la resolución 1244 (1999) en cuanto a que había incumplido su obligación de remover las minas del territorio en cuestión. Dicha Oficina, remitió el asunto a la Oficina de Reclamos para las Tropas Contribuidas por la Nación Francesa, la cual, *inter alia*, rechazó el reclamo del Sr. Behrami, señalando que, de acuerdo a la referida resolución, la KFOR estaba obligada a supervisar las actividades de remoción de minas hasta que la UNMIK pudiera desempeñar dicha tarea. Adicionalmente, señaló que la remoción de minas era responsabilidad de la ONU desde el 5 de julio de 1999⁹¹⁵.

El caso Saramati involucra la detención prolongada del Sr. Ruzhdi Saramati con involucramiento de la UNMIK y la KFOR. En abril de 2001, el Sr. Saramati fue detenido por la policía de la UNMIK y puesto a disposición de un juez bajo la sospecha de intento de homicidio y posesión ilegal de un arma. Dicha autoridad, ordenó su detención preventiva a fin de investigar los cargos que se le imputaban, así como una serie de cargos adicionales. En mayo del mismo año, un fiscal solicitó la sujeción a

⁹¹³ Por sus siglas en inglés: Kosovo Force.

⁹¹⁴ Behrami y Behrami c. Francia, No. 71412/01 y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega, No. 781166/01, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2 de mayo de 2007, Decisión (Admisibilidad), pp. 4-5.

⁹¹⁵ *Ibid.*

proceso de Saramati, misma que condujo a que el juez ordenara la prolongación de su detención. En junio de 2001, la Suprema Corte de Kosovo falló en apelación a favor de Saramati, razón por la cual fue liberado. Un mes después, fue informado por vía telefónica que tenía que presentarse en la estación de policía para recoger su dinero y pertenencias. Dicha estación, se encontraba en una zona donde el Estado con mayor participación era Alemania. Al presentarse, fue arrestado por oficiales de policía de la UNMIK que actuaban bajo las órdenes del Comandante de la KFOR (COMKFOR), que en aquel momento era un oficial de nacionalidad noruega. Un día después, COMKFOR ordenó la prolongación de la detención por un periodo de 30 días⁹¹⁶.

Al poco tiempo, en respuesta a una carta de los abogados del Sr. Saramati mediante la que se cuestionaba la legalidad de su detención, la KFOR señaló que contaba con la autoridad para detenerlo en virtud de la resolución 1244 (2001) en cuanto que resultaba necesario para mantener un entorno seguro en Kosovo. De acuerdo con la KFOR, Saramati representaba una amenaza para la seguridad, presunción que sustentaba mediante información que supuestamente lo involucraba con ciertos grupos beligerantes de la región. El 11 de agosto, la detención de Saramati fue prolongada de nuevo por órdenes del COMKFOR. Subsecuentemente, el 6 de septiembre, su caso fue trasladado a la Corte de Distrito. Nuevamente, la COMKFOR decidió prolongar la detención. A partir de entonces, los abogados de Saramati solicitaron en cada audiencia celebrada entre 17 de septiembre 2001 y el 23 de enero de 2002, que se le pusiera en libertad. El Tribunal, respondió que, aunque la Suprema Corte había decidido su liberación en junio de 2001, la detención de Saramati caía plenamente bajo la responsabilidad de KFOR. En octubre de 2001, un general francés ocupó el mando del COMKFOR. Posteriormente, el 23 de enero de 2002, Saramati fue condenado por intento de homicidio de acuerdo con lo establecido en el Código Penal de Kosovo en conjunción con disposiciones del Código Penal de la República Federal de Yugoslavia. En octubre de 2002, la Corte Suprema de Kosovo anuló la condena, concediendo a Saramati su libertad⁹¹⁷.

Bajo estas condiciones, los asuntos finalmente arribaron ante la Gran Sala del TEDH. A través de una decisión que ha sido calificada de instrumental⁹¹⁸, el Tribunal determinó la responsabilidad de la ONU y, por ende, su falta de competencia para

⁹¹⁶ *Ibid.*, pp. 5-6.

⁹¹⁷ *Ibid.*

⁹¹⁸ Gráinne de Búrca, *Op. Cit.*, p. 16.

decidir sobre los casos. De esta forma, los asuntos fueron declarados inadmisibles y los afectados desprovistos de protección. Se considera, que el TEDH intentó balancear el valor que representa para el espacio geográfico europeo cooperar con la manutención de la paz y seguridad internacionales, frente a aquel encarnado en la obligación de respetar altos estándares de DDHH. Todavía, las sentencias denotan una inclinación por parte de dicha autoridad judicial en función del primer valor. No obstante, casos subsecuentes manifiestan un cambio en su política, en cuanto a que evidencian una intención por equilibrar la balanza de modo tal que los DDHH no resulten significativamente afectados. Se observa, que dicha transformación encuadra dentro de un esquema constitucionalista internacional propiciado por una serie de sentencias que, a través de la modalidad expresiva de revisión, han enviado mensajes al CS sobre la necesidad de que sus actos compaginen con los estándares de protección europeos a los DDHH.

Para tomar su decisión de admisibilidad en torno a los casos *Behrami/Saramati* el TEDH primero se encargó de determinar qué autoridad, la KFOR o la UNMIK, tenía la responsabilidad de limpiar las minas en territorio kosovar, así como cuál era la encargada de realizar detenciones. Seguidamente, consideró la posibilidad de que los actos impugnados a la KFOR -la detención en *Saramati*-, así como las omisiones de la UNMIK -con respecto a la limpieza de minas en *Behrami*- pudieran ser atribuidos a la ONU. Para tales efectos, tomó a consideración la existencia de un marco regulatorio para dichas instituciones en virtud del Capítulo VII de la CNU. Finalmente, el Tribunal examinó su competencia para decidir *ratione personae* cualquier acto u omisión que pudiera ser atribuido a la ONU. Previo a brindar su razonamiento, se encargó de manifestar su conciencia sobre el hecho de que no era su rol interpretar autoritariamente la CNU o bien otros instrumentos internacionales. Al mismo tiempo, señaló la necesidad de examinarlos con el objeto de determinar si existía en estos una base plausible para resolver los asuntos que se le presentaban. Asimismo, recalcó que el CEDH no puede ser interpretado ni aplicado en un vacío, motivo por el cual, debía tomar en consideración las normas de Derecho Internacional relevantes al examinar las cuestiones relativas a la jurisdicción, así como la naturaleza especial del Convenio como tratado de DDHH⁹¹⁹.

⁹¹⁹ Behrami y Behrami c. Francia, No. 71412/01 y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega, No. 781166/01, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2 de mayo de 2007, Decisión (Admisibilidad), p. 35.

El enfoque empleado por el TEDH ha sido criticado como un ejercicio de evasión judicial. Existen señalamientos respecto a que, en su deseo por evadir pronunciarse sobre determinados temas, planteó el razonamiento de su sentencia de un modo sustantivamente distinto a aquel propuesto por las partes. La parte fundamental de su estrategia, consistió en la conceptualización del caso en términos de atribución y de su propia competencia *ratione personae* en vez de visualizarlo, tal y como habían hecho las partes, en términos de las obligaciones extraterritoriales de los Estados contratantes al CEDH. Terminológicamente, se advierte una distinción importante entre la noción de “jurisdicción” contenida en el Convenio, así como en otros instrumentos internacionales de DDHH, y aquella empleada en contextos diversos. La primera, se refiere a la jurisdicción de un Estado y no de una corte. Empleada de esta forma, constituye un mecanismo de activación para la aplicación del tratado, mismo que debe ser cubierto a fin de que las obligaciones convencionales sean aplicables. Entonces, a menos que un Estado posea jurisdicción con respecto a una persona, no estará obligado a salvaguardar los DDHH de esta. De esta forma, si un tratado de DDHH no aplica en virtud de la falta de jurisdicción de un Estado, el Tribunal encargado de su vigilancia, carecería de jurisdicción *ratione materiae*, del mismo modo en que perdería su jurisdicción *ratione personae*⁹²⁰.

El tema se relaciona íntimamente con la interpretación del término jurisdicción de acuerdo a como está contenido en artículo 1 del CEDH⁹²¹. Asimismo, suscita consideraciones con respecto a la posibilidad de que cualquier persona afectada por un acto imputable a un Estado parte de dicho Instrumento pueda ser ubicada bajo su jurisdicción en términos del Convenio, independientemente del lugar en que se haya cometido o se hayan producido sus efectos. En *Banković*⁹²², el TEDH decidió que ni los demandantes, ni sus familiares fallecidos como resultado de un misil lanzado por una aeronave de la fuerza de la OTAN sobre una estación de radio y televisión en Belgrado eran suficientes como para justificar un vínculo jurisdiccional capaz de ligarlos con los Estados demandados de acuerdo al acto territorial en cuestión. No obstante, el juicio no

⁹²⁰ Marko Milanovic & Tatjana Papić, “As Bad as it Gets: The European Court of Human Rights’ Decision and General International Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, N° 2, pp. 6-7. Se cita la versión electrónica del artículo, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract_id=1216243.

⁹²¹ El artículo 1 del CEDH establece: Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio.

⁹²² *Banković y Otros c. Bélgica y Otros*, No. 52207/99, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 12 de diciembre de 2001, Decisión (admisibilidad).

puede ser interpretado como excluyente de la posibilidad de que un Estado no pueda atraer bajo su jurisdicción a una persona que se encuentra bajo la custodia y control de sus agentes. Por el contrario, aunque enfatizó que el art. 1 del CEDH refleja una concepción ordinaria y esencialmente territorial de la noción de jurisdicción, admitió la posibilidad de que, excepcionalmente, puedan existir otras bases jurisdiccionales de acuerdo a las circunstancias del caso en particular que justifiquen la aplicación del Convenio. Enfatizando su carácter excepcional, aseguró que su jurisprudencia confirma la aplicación extraterritorial del CEDH en aquellos casos en que el Estado demandado, por medio del ejercicio de un control efectivo sobre el territorio en cuestión y sus habitantes como consecuencia de una intervención militar o bien, a través del consentimiento, invitación, o aquiescencia del gobierno de dicho territorio, ejerza todos, o alguno de los poderes públicos normalmente ejercidos por dicho gobierno⁹²³.

De tal manera, en vez de ocuparse de cuestiones relacionadas con la aplicación extraterritorial del CEDH, pudiendo incluso haber desechado ambos asuntos por medio de un razonamiento similar al empleado en *Banković*; el TEDH se apartó de la línea jurisprudencial inaugurada en dicho asunto, centrando el tema de su decisión en la atribución de los actos impugnados a Estados u OI. Para tales efectos, empleó un doble argumento. En primer término, consideró que los actos en cuestión eran atribuibles a la ONU y no a los Estados. Seguidamente, se declaró incompetente para conocer no solo de los actos y omisiones atribuibles a la ONU, sino de todo aquello establecido por medio de la resolución 1244 (1999) debido a que la primacía del ordenamiento jurídico de Naciones Unidas califica las obligaciones de DDHH dimanadas del CEDH. Ambos argumentos, presentan problemas en varios niveles, razón por la cual no han estado exentos de crítica. El primero de tales, se considera defectuoso principalmente debido a la omisión de emplear adecuadamente los criterios desarrollados por la CDI mediante el PAROI. El artículo 5 de dicho proyecto⁹²⁴ establece al control efectivo como criterio para determinar responsabilidad sobre los actos de un órgano estatal puesto a disposición de una OI a la cual no está completamente incorporado. No obstante, en vez

⁹²³ Bernhard Knoll, "Rights Without Remedies: The European Court's Failure to Close the Human Rights Gap in Kosovo", *ZaöRV*, vol. 68, 2008, pp. 433-434.

⁹²⁴ El artículo 5 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales establece: Regla general sobre la atribución de un comportamiento a una organización internacional: 1. El comportamiento de un órgano o un agente de una organización internacional en el ejercicio de las funciones de ese órgano o agente se considerará hecho de esa organización según el derecho internacional, cualquiera que sea la posición del órgano o el agente respecto de la organización. 2. Las reglas de la organización se aplicarán para la determinación de las funciones de sus órganos y agentes.

de analizar efectivamente la cuestión de quien se encontraba ejerciendo un control efectivo en relación con los actos impugnados, se refirió a la competencia del CS en virtud del Capítulo VII de la CNU para adoptar medidas relativas a la institución de la UNMIK, así como decisiones concernientes a la autorización de los Estados y OI para establecer la KFOR⁹²⁵.

El profesor Francesco Messineo⁹²⁶ realiza una interesante crítica acerca del origen del término delegación presente en lenguaje utilizado por el TEDH en *Behrami/Saramati*. Señala, que tal y como fue empleado, el concepto de delegación tiene su génesis en un influyente libro escrito por Dan Sarooshi⁹²⁷. En este, se argumenta que la distinción entre las operaciones dirigidas por la ONU -relativas al mantenimiento de la paz-, y aquellas autorizadas por la ONU -relativas a la aplicación de la paz-, resulta irrelevante para cuestiones concernientes a la atribución de conducta. De acuerdo a Sarooshi, la cuestión sobre quien ejerce el control operacional y el control sobre la fuerza desplegada resulta inmaterial para la atribución de responsabilidad en ambos supuestos. Particularmente, debe considerarse que cuando el CS autoriza a los EMNU a emplear la fuerza, los actos de estos deben considerarse atribuibles al CS en cuanto que actúan bajo su autoridad. El argumento, se basa en la premisa de que siendo que el CS está *delegando* el uso de sus poderes a los Estados, debe retener control sobre las fuerzas que los ejercen y mantenerse activamente involucrado en las operaciones. Messineo encuentra problemática la construcción de Sarooshi en al menos dos niveles. Primeramente, aun dando por sentado que efectivamente el CS tenga una obligación de retener un control general sobre las fuerzas desplegadas, dicho control, como una cuestión de hecho, puede no siempre encontrarse presente. En segundo término, aunque la construcción de Sarooshi ha sido reconocida como una importante y original contribución a la conceptualización de las actividades del CS; todavía, la teoría de la delegación se encuentra ligeramente separada de la práctica. Incluso, la distinción entre operaciones dirigidas y operaciones autorizadas por la ONU se sustenta en más de 60 años de práctica reconocida. Para Messineo, el TEDH aplicó el concepto con carácter de

⁹²⁵ Pasquale de Sena & Maria Chiara Vitucci, *Op. Cit.*, pp. 202-203.

⁹²⁶ Francesco Messineo, "Things Could Only get Better: Al-Jedda Beyond Behrami", *Military Law and the Law of War Review*, Vol. 50, No. 3-4, 2011, pp. 7-9. Se cita la versión electrónica del artículo, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers2.cfm?abstract_id=1960715.

⁹²⁷ Dan Sarooshi, "The United Nations and the Development of Collective Security: The Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers, (Oxford: Clarendon Press, 1999).

lege ferenda como si de *lex lata* se tratara, sin ofrecer una explicación convincente para su proceder.

En el caso posterior de *Berić y Otros*⁹²⁸, el TEDH utilizó una línea de razonamiento similar. En dicho asunto, los demandantes habían sido removidos de sus puestos laborales por el Alto Representante, autoridad internacional encargada de administrar temporalmente el territorio de Bosnia y Herzegovina. Su establecimiento, realizado por un grupo de Estados, sería autorizado posteriormente por el CS como una medida de carácter ejecutivo en virtud del Capítulo VII de la CNU a través de la resolución 1031 (1995)⁹²⁹. Dicha oficina, contaba con vastos poderes que le habían otorgado los Estados Miembros del Consejo de Implementación de la Paz, mismos que habían sido avalados por resoluciones subsecuentes del CS. De esta forma, pese a que los demandantes habían obtenido una decisión a su favor por parte de la Corte Constitucional Bosnia, el Alto Representante decidió que sus actos no deberían de ser revisados por dicha corte puesto que tal revisión podría llegar a afectar la implementación del acuerdo de paz. Seguidamente, los afectados presentaron su caso ante el TEDH, alegando violaciones en virtud del artículo 6 del CEDH en cuanto a que se les habían imputado acusaciones penales sin que haber sido determinadas por un tribunal imparcial e independiente. Igualmente, alegaron una vulneración al artículo 11 relativo a la libertad de asociación. Asimismo, sostuvieron que se había infringido el artículo 13 concerniente al acceso a un remedio efectivo por parte de una autoridad nacional. Tal y como hizo en *Behrami/Saramati*, el TEDH desechó la demanda al entender que los actos del Alto Representante eran atribuibles a la ONU puesto que la delegación de los poderes ejercidos por este resultaba compatible con el control general ostentado por el CS en virtud de la resolución 1031 (1995)⁹³⁰.

Pese a la fuerza argumentativa que pudiera tener la construcción de la figura de la delegación desarrollada por Sarooshi, lo cierto es, que fácticamente, la retención de un control -incluso general- por parte del CS en ciertas acciones específicas resulta difícil de justificar. Se advierte, que la naturaleza ampliamente abierta del mandato concedido al Alto Representante, así como el continuo incremento de sus poderes llevado a cabo

⁹²⁸ Dusan Berić y Otros c Bosnia Herzegovina, nos. 36357/04, 36360/04, 38346/04, 41705/04, 45190/04, 45578/04, 45579/04, 45580/04, 91/05, 97/05, 100/05, 101/05, 1121/05, 1123/05, 1125/05, 1129/05, 1132/05, 1133/05, 1169/05, 1172/05, 1175/05, 1177/05, 1180/05, 1185/05, 20793/05 y 25496/05, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 16 de octubre de 2007, Decisión (Admisibilidad).

⁹²⁹ Resolución 1031 (1995) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 21 de diciembre de 1995.

⁹³⁰ Pasquale de Sena & Maria Chiara Vitucci, *Op. Cit.*, pp. 206-208.

por los Estados Miembros del Consejo de Implementación de la Paz evidencian un grado de control mínimo por parte de la ONU sobre los actos de dicha Oficina. Asimismo, se encuentra inquietante el que el TEDH haya aplicado un razonamiento virtualmente idéntico al empleado en *Behrami/Saramati* a la aceptación por parte de Bosnia y Herzegovina de la institución de una administración en su territorio siendo que, desde un punto de vista formal, constituye un acto voluntario. Formalmente hablando, resulta difícil entender cómo una aceptación voluntaria puede ser conceptualizada como una delegación de poderes. Bajo esta perspectiva, pudiera argumentarse que, tanto en *Behrami/Saramati* como en *Berić y Otros*, el TEDH obvió un razonamiento a nivel formal, a fin de imponer los valores sustantivos contenidos en las resoluciones del CS⁹³¹.

Por otro lado, puede considerarse que el vínculo establecido por el TEDH entre la atribución y el mandato del CS a la UNMIK y la KFOR presenta sus propias complicaciones. Primeramente, resulta debatible el que la resolución 1244 (1999) efectivamente haya autorizado las detenciones prolongadas puesto que no contiene lenguaje relativo a detenciones militares. Asimismo, se encuentra discutible el que se haya atribuido la obligación de limpiar las minas a la UNMIK, no solo porque las partes estaban en desacuerdo sobre este punto, sino porque la propia UNMIK consideraba que tal actividad era una responsabilidad conjunta entre esta y la KFOR. Esto, resulta criticable en cuanto a que siendo que el Tribunal argumentó el carácter subsidiario de la UNMIK, resultaba más fácil desechar el caso *Behrami* con base a su argumento centrado en la delegación. Sin embargo, quizá el aspecto más inquietante es que puede argumentarse que la referencia al mandato establecido por el CS resulta irrelevante para determinar la atribución. Efectivamente, la cuestión que rodeaba a los casos *Behrami/Saramati* no era si se había violado el mandato contenido en la resolución 1244 (1999), sino si se había violado el CEDH. De tal manera, resulta inmaterial si el mandato contenía autorización para realizar detenciones o bien la obligación de limpiar las minas en determinado territorio. Lo relevante, es si dichas acciones u omisiones, cuyo control efectivo permanecía en manos de ciertos Estados, eran violatorias del CEDH⁹³².

⁹³¹ *Ibid.*

⁹³² Marko Milanovic & Tatjana Papić, *Op. Cit.*, pp. 9-10.

El segundo argumento empleado para desechar las demandas, relativo a la falta de capacidad del TEDH para revisar los actos realizados por la ONU, presenta sus propias complicaciones. Una vez determinada la atribución, el Tribunal recordó el carácter separado de la personalidad jurídica de la ONU con respecto a aquella de sus Miembros. Asimismo, realizó una distinción entre *Behrami/Saramati* y *Bosphorus*. Tras recordar el enfoque de la protección equivalente desarrollado en el segundo, consideró que las circunstancias entre ambos casos eran esencialmente distintas en cuanto que, en *Bosphorus*, el acto impugnado había sido llevado a cabo por las autoridades del Estado demandado, en su territorio, y en cumplimiento de una orden emitida por uno de sus ministros. De tal forma, estimó que existían impedimentos *ratione personae* para el ejercicio de su competencia no obstante a que el acto derivaba de un reglamento de la CE, el cual, a la vez, implementaba una resolución del CS. De esta forma, consideró que siendo que en *Behrami/Saramati* los actos de la UNMIK y la KFOR no podían ser atribuidos a los Estados, así como que estos no habían sido ejecutados en su territorio, ni en virtud de una decisión de sus funcionarios, entonces, eran claramente distinguibles de aquellos relativos a *Bosphorus*⁹³³.

Adicionalmente, sostuvo que las operaciones establecidas por el CS en virtud del Capítulo VII son fundamentales para el cumplimiento de la misión de la ONU de asegurar la paz y seguridad internacionales. Asimismo, siendo que estas dependen para su efectividad del apoyo por parte de los EMNU, el CEDH no debe ser interpretado de una manera tal en que los actos y omisiones de los Estados cubiertos por las resoluciones del CS, que ocurran con anterioridad o durante el desarrollo de las operaciones, sean sujetos a su escrutinio. Tal curso de acción, implicaría interferir con el cumplimiento de la misión clave de la ONU, así como con la conducta efectiva llevada a cabo durante las operaciones. Incluso, sería equivalente a imponer condiciones a la implementación de las resoluciones del CS que no fueron previstas en el texto de las resoluciones mismas⁹³⁴.

Aparentemente, el TEDH llega a las conclusiones aludidas tomando en consideración el artículo 103 de la CNU. La literalidad del artículo, se refiere solamente a aquellas obligaciones de la Carta que, en caso de conflicto, deben prevalecer sobre

⁹³³ *Behrami y Behrami c. Francia*, No. 71412/01 y *Saramati c. Francia, Alemania y Noruega*, No. 781166/01, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2 de mayo de 2007, Decisión (Admisibilidad), pp. 41-44.

⁹³⁴ *Ibid.*

cualquier otro acuerdo internacional. En este sentido, se advierte una interpretación amplia de dicho numeral en cuanto a que, si bien es plenamente aceptado que las obligaciones provenientes de las resoluciones del CS califican como obligaciones derivadas de la CNU, todavía, en contra de la literalidad del artículo, el Tribunal extendió la primacía que este establece a todos los actos cubiertos por la resolución 1244 (1999); independientemente de que hubiesen sido impuestos por dicho instrumento, o bien, meramente autorizados; incluso, aceptados voluntariamente por los Estados. Se advierte, que aun y tomando por cierta la interpretación del TEDH, de forma tal que el artículo 103 resultase aplicable a los actos en cuestión, esto, no necesariamente implicaría su falta de jurisdicción en aquellos casos en que sus decisiones pudiesen generar una situación de inconsistencia con las resoluciones del CS. De esta forma, ante la debilidad en el aspecto formal de su argumentación, concedió un valor preponderante a la misión última de Naciones Unidas; subordinando, de forma clara y efectiva, la aplicación de los valores contenidos en el CEDH a aquellos derivados de la CNU⁹³⁵.

De tal manera, se concluye que la falta de disponibilidad mostrada por el Tribunal para emplear el enfoque de protección equivalente desarrollado en *Bosphorus* obedece a su intención de evadir un conflicto abierto con el CS. Tal situación, se evidencia por su clara deferencia al objetivo imperativo de Naciones Unidas consistente en la manutención de la paz y seguridad internacionales⁹³⁶. De tal suerte, puede afirmarse que los hallazgos en materia de atribución por parte del TEDH en *Behrami/Saramati* impidieron que este considerase las violaciones alegadas a DDHH. Hay quien sostiene⁹³⁷, que, de no haberse pronunciado sobre la atribución en el sentido ocurrido, el único curso de acción para el TEDH era asumir, sin decidir, que los Estados demandados sí tenían jurisdicción en los términos del artículo 1 del CEDH pero que las obligaciones de dicho Convenio forzosamente debían ceder ante aquellas de la CNU en virtud del artículo 103. Discutiblemente, un fallo con tales características podría interpretarse como una suerte de blindaje para las tropas de los Estados contribuyentes a las misiones establecidas por el CS. De acuerdo con otro comentarista⁹³⁸, la forma en que la Corte abordó la cuestión relativa a la atribución desde el enfoque del control o

⁹³⁵ Pasquale de Sena & Maria Chiara Vitucci, *Op. Cit.*, pp. 205-206.

⁹³⁶ Gráinne de Búrca, *Op. Cit.*, pp. 14-17.

⁹³⁷ Marko Milanovic & Tatjana Papić, *Op. Cit.*, p. 8.

⁹³⁸ Kushtrim Istrefi, *Op. Cit.*, pp. 84-85.

autoridad general pone de relieve la significancia del artículo 103, así como su omisión de revisar adecuadamente la relación entre la CNU y el CEDH. Dicho enfoque, al que hemos calificado como de subordinación o deferencia ante la ONU, sería reproducido por la Cámara de los Lores en su decisión respectiva al caso *Al-Jedda*⁹³⁹, así como por la Corte Suprema Federal Suiza en el caso *Nada*⁹⁴⁰. En ambos asuntos, se decidió unánimemente la prevalencia de las resoluciones del CS en virtud del artículo 103 de la CNU, aun frente aquellas derivadas de acuerdos internacionales de DDHH.

Fácticamente similar a *Saramati*, el caso *Al-Jedda*⁹⁴¹ se radica ante el TEDH en función de una demanda basada en la violación del artículo 5(1) del CEDH, alegada tras la ocurrencia de una detención prolongada. Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda, ciudadano iraquí quien además ostentaba la nacionalidad británica, fue detenido y arrestado en Dubái mientras viajaba a Iraq, vía Londres, con cuatro de sus hijos. Tras 12 horas, fue liberado y se le permitió continuar su viaje. El 10 de octubre de 2004, fue arrestado de nuevo en Iraq por fuerzas estadounidenses de acuerdo con información proporcionada por los servicios de inteligencia británica. Posteriormente, fue trasladado a un centro de detención ubicado en la ciudad de Basra, lugar en donde permaneció detenido hasta el 20 de diciembre de 2007 bajo la custodia de tropas británicas. Su detención se produjo bajo sospechas de haber reclutado terroristas con el objeto de que cometieran atrocidades en Iraq. Asimismo, se suponía que había facilitado el traslado de un terrorista experto en explosivos a dicho Estado, así como que había conspirado con este para realizar ataques contras las Fuerzas de la Coalición en Fallujah y Bagdad. Finalmente, se le acusaba de coordinar el contrabando del equipo altamente tecnológico necesario para detonar explosivos en dichos ataques. No obstante, no se formularon acusaciones penales en su contra. Su detención se justificó en función de la necesidad imperativa de preservar la seguridad en Iraq.

En junio de 2005, Al-Jedda presentó una demanda ante los tribunales del Reino Unido a través de la cual solicitaba la revisión judicial de su caso. En primera instancia, el Secretario de Estado admitió que su detención en instalaciones militares británicas lo

⁹³⁹ Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause R (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent), SESSION 2007–08 [2007] UKHL 58, on appeal from: [2006] EWCA Civ 327, House of Lords, 12 de diciembre de 2007.

⁹⁴⁰ Nada, Youssef gegen SECO, Staatssekretariat für Wirtschaft (14.11.2007). Sentencia de la Corte Federal Suiza (BG 133 II 450).

⁹⁴¹ Al-Jedda c. Reino Unido, No. 27021/2008, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia del 7 de julio de 2011, pp. 1-3.

ubicaba bajo la jurisdicción del Reino Unido en términos del artículo 1 del CEDH. Asimismo, reconoció que su detención no podía justificarse bajo los casos previstos en el artículo 5(1) de dicho instrumento. No obstante, alegó que esta encontraba fundamentación en virtud de que había sido autorizada por la resolución 1546 (2004)⁹⁴² del CS. Por tanto, como una cuestión de Derecho Internacional, la resolución desplazaba la aplicación del CEDH. Mediante sentencia fechada el 12 de agosto de 2015, la Corte de División decidió unánimemente que la resolución 1546 (2004) expresamente autorizaba a la Fuerza Multinacional en Iraq para tomar todas las medidas necesarias a fin de preservar la seguridad. De esta forma, la Corte consideró que, en virtud de lo establecido por los artículos 25 y 103 de la CNU, las obligaciones del Reino Unido derivadas de dicho instrumento gozaban de primacía frente a aquellas dimanadas del CEDH. Posteriormente, con fecha de 29 de marzo de 2006, la Corte de Apelación confirmaría la decisión de la Corte de División⁹⁴³.

Producto de las decisiones adversas, Al-Jedda presentó una apelación ante la Cámara de los Lores. Evidentemente influenciado por la decisión del TEDH en *Behrami/Saramati*, el Secretario de Estado presentó un nuevo argumento a través del cual alegaba que la detención del apelante se encontraba fuera del alcance del CEDH en cuanto a que, siendo que había sido autorizada por medio de las resoluciones 1511 (2004) y 1546 (2004) del CS, debía ser atribuible a la ONU. No obstante, la Cámara de los Lores siguió un rumbo distinto al del TEDH, encontrando que la responsabilidad de los hechos controvertidos en *Al-Jedda* debería de ser atribuida al Reino Unido. Se ha sugerido, que posiblemente por deferencia al Tribunal de Estrasburgo, la Cámara de los Lores no calificó de erróneo su criterio para determinar la atribución en *Saramati*, razón por la cual optó por concentrar sus esfuerzos en distinguir ambos casos fácticamente⁹⁴⁴. De esta forma, puede verificarse como, pese a no estar formalmente obligados a tales efectos, los tribunales que operan en un mismo espacio geográfico, pero en planos jurídicos disímiles, suelen guardar mutua consideración por sus decisiones, al tiempo en que las reencauzan a través de soluciones creativas, como pueden ser las interpretaciones y ampliaciones de las sentencias rendidas por sus similares.

⁹⁴² Resolución 1546 (2004) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 8 de junio de 2004.

⁹⁴³ Al-Jedda c. Reino Unido, No. 27021/2008, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de julio de 2011, Sentencia, p. 5.

⁹⁴⁴ Francesco Messineo, *Op. Cit.*, p. 9.

Lord Bingham, Juez principal en el asunto *Al-Jedda*, consideró que este y *Saramati* no eran análogos. Observó, que las fuerzas de la Coalición Multinacional no habían sido enviadas a Iraq por parte de la ONU, así como que tampoco la Autoridad Provisional de dicha Coalición había sido establecida por el CS. Añadió, que las resoluciones pertinentes del CS no podían ser interpretadas como una delegación de poder por su parte, sino como una autorización al Reino Unido para llevar a cabo actividades que el propio Consejo no podía realizar. Incluso, sostuvo que no podía considerarse realísticamente que la fuerzas estadounidenses o británicas estuviesen bajo el control efectivo del CS. Lord Rodger, único magistrado que disidió con la opinión de Lord Bingham, consideró que la situación legal en ambas detenciones era similar. Según su criterio, la comparación entre ambos casos debía realizarse en función de la fecha en que se realizaron las detenciones. De esta forma, las condiciones en las que fueron establecidas las operaciones resultaban irrelevantes. Asimismo, consideró que la Fuerza Multinacional se había tornado en una operación autorizada por la ONU desde el momento en que recibió un mandato por parte del CS. Observó, que la ONU no poseía mayor control sobre la detención del Al-Jedda que aquel que tenía con respecto a la detención de Saramati. Finalmente, advirtió que la autorización concedida a la fuerza multinacional para tomar todas las medidas necesarias a fin de mantener la paz en Iraq era esencialmente similar a aquella conferida a la KFOR mediante la resolución 1244 (1999)⁹⁴⁵.

Habiendo atribuido los hechos al Reino Unido, la Cámara de los Lores se ocupó de un segundo punto estrechamente vinculado con la relación entre el artículo 5(1) del CEDH y el artículo 103 de la CNU. De acuerdo con Lord Bingham, la pregunta clave consistía en determinar si por medio de las resoluciones del CS, el Reino Unido se había hecho acreedor a una obligación en el sentido establecido por el artículo 103 de la CNU. De ser el caso, habría que esclarecer hasta qué punto dicha obligación calificaba, o bien desplazaba los derechos del apelante de acuerdo con el artículo 5(1) del CEDH. Finalmente, consideró que existía un choque entre el poder o deber de realizar detenciones ejercibles bajo la autoridad expresa del CS, por un lado; y, un derecho humano fundamental que el Reino Unido había elegido tutelar para aquellos que se encuentren bajo su jurisdicción, por el otro. De tal manera, advirtió que la única forma de reconciliar ambas obligaciones era decidiendo que el Reino Unido podía realizar

⁹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 9-10.

detenciones en Iraq de manera legal cuando esto fuese necesario por razones imperativas de seguridad puesto que se encontraba autorizado para tales efectos por la resolución 1546 (2004) y subsecuentes⁹⁴⁶. Todavía, el enfoque deferencial empleado por la Cámara de los Lores puede considerarse como más gentil que aquel utilizado en *Behrami/Saramati* por el TEDH, en cuanto a que se ocupó de señalar que, en la consecución de tales acciones, el Reino Unido debería asegurarse de que los derechos de los detenidos según el artículo 5 del CEDH, no fuesen infringidos en un grado superior al que inherentemente se encuentra contenido en las detenciones. De esta forma, entendió que la primacía de las obligaciones de la CNU sobre aquellas del CEDH no es absoluta puesto que este último continúa teniendo cierta relevancia en la cumplimentación de las primeras⁹⁴⁷.

Tras realizar un recuento del paso del caso *Al-Jedda* por las diversas instancias británicas, el TEDH concordó con la distinción realizada por la Cámara de los Lores entre este y *Behrami/Saramati*. De tal manera, decidió que la atribución de conducta debía ser asignada al Reino Unido. Asimismo, observó que no había indicaciones en la resolución 1546 (2004) de que el CS pretendiera obtener un grado mayor de control que aquel adquirido en virtud de la resolución 1511 (2004). Por medio de esta última, había autorizado la presencia de la Fuerza Multinacional en Iraq. De acuerdo con el TEDH, tal autorización no implicaba que los actos en litigio pudieran ser atribuidos a la ONU, incluso, que hubieran dejado de ser atribuibles al Reino Unido. Según su razonamiento, la Fuerza Multinacional había sido reconocida con anterioridad a través de la resolución 1483 (2003)⁹⁴⁸ y, considerando que esta había estado presente en Iraq desde el comienzo de la invasión, decidió que la resolución 1511 (2004) no alteraba el mando unificado que habían ostentando los EEUU y el Reino Unido. Añadió, que el hecho de que CS hubiera solicitado reportes periódicos a los EEUU sobre las actividades de la Fuerza Multinacional no tenía como resultado el que dicha petición diera lugar a la adquisición de cualquier grado de control sobre la Fuerza por parte de la ONU. De tal suerte, siguiendo la línea establecida por Lord Bingham, aludió al artículo 5 del PAROI

⁹⁴⁶ Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause R (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent), SESSION 2007–08 [2007] UKHL 58, on appeal from: [2006] EWCA Civ 327, House of Lords, 12 de diciembre de 2007, pp. 18-25.

⁹⁴⁷ Marko Milanovic & Tatjana Papić, *Op. Cit.*, pp. 28-29.

⁹⁴⁸ Resolución 1483 (2003) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 22 de mayo de 2003.

para justificar, con base al criterio del control efectivo, que los actos en disputa no podían ser atribuidos a la ONU⁹⁴⁹.

No sobra señalar, que, al tiempo en que decidía la falta de control efectivo sobre la Fuerza Multinacional por parte de la ONU, el TEDH indicaba, haciendo eco a *Behrami* y *Saramati*, que tampoco podía considerarse que el CS tuviera control general sobre dicho contingente⁹⁵⁰. Dicha afirmación, denota un esfuerzo por reafirmar, incluso, por justificar, su decisión anterior en *Behrami/Saramati*⁹⁵¹. Sin embargo, al comparar *Al-Jedda* con este último, los argumentos empleados para justificar la atribución de la ONU revelan su incongruencia. En ambos casos, existía una intervención militar de legalidad cuestionable, así como una autorización *ex post facto* del CS para instituir presencias internacionales. De tal suerte, si dicha autorización se construye en términos de una delegación, la distinción entre ambos casos parece inexistente. Incluso, se advierte que la única diferencia entre Iraq y Kosovo fue el establecimiento de una administración civil como aquella constituida por la UNMIK. En este escenario, pudiera sugerirse que la Cámara de los Lores realizó la distinción entre ambos casos a fin de evitar contrariedades con el TEDH. Con todo, se encuentra encomiable el que ésta haya sacado a colación el tema del conflicto normativo, terreno que, después de todo, no fue considerado debidamente en *Behrami/Saramati*⁹⁵².

Con todo, la distinción realizada en *Behrami/Saramati* sería recordada por el TJ en la resolución del asunto *Kadi 2008*, para rebatir el argumento de que, habida cuenta de que el TEDH se había declarado incompetente para controlar ciertos actos de aplicación de las resoluciones del CS adoptadas en virtud del Capítulo VII, el TJUE debería de actuar de conformidad. No obstante, el TJ recordó que en *Behrami/Saramati*, el Tribunal de Estrasburgo se habían declarado incompetente para revisar los actos disputados, debido a que habían sido llevados a cabo por organismos subsidiarios de la ONU, actuando en función de poderes debidamente delegados al CS. Por esta razón, los actos fueron atribuidos a la ONU, Organización que actuaba en cumplimiento del imperativo universal de preservar la paz y seguridad, y no así a los Estados que habían sido demandados. Haciendo eco de *Bosphorus*, el TJ hizo notar que el TEDH ya había

⁹⁴⁹ Al-Jedda c. Reino Unido, No. 27021/2008, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de julio de 2011, Sentencia, pp. 49-53.

⁹⁵⁰ Al-Jedda c. Reino Unido, No. 27021/2008, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de julio de 2011, Sentencia, p. 52.

⁹⁵¹ Francesco Messineo, *Op. Cit.*, p. 2.

⁹⁵² Marko Milanovic & Tatjana Papić, *Op. Cit.*, pp. 25-28.

controlado actos de aplicación de las resoluciones del CS en virtud del Capítulo VII de la CNU, cuando estos pudiesen ser atribuibles a los Estados. De tal suerte, el empleo de la distinción en atribución realizada por el TEDH en *Beherami/Saramati*, reaparecería como parte de la justificación que permite al TJ asumir la existencia de un margen de implementación que, en función de la libertad que concede la CNU a los EMNU para implementar las decisiones del CS; le permitió realizar una construcción a través de la cual, resulta posible controlar los actos de aplicación de las resoluciones del CS puesto que, siendo atribuibles a los Estados, no representan un desafío a su primacía en el plano internacional⁹⁵³.

En *Al-Jedda*, habiendo asignado la atribución al Reino Unido, el TEDH continuó por un rumbo distinto a aquel trazado por la Cámara de los Lores. De tal manera, determinó que el artículo 103 no resultaba aplicable al caso debido a la inexistencia de un conflicto normativo entre las obligaciones derivadas de la CNU y aquellas relativas al CEDH. Asimismo, considerando que en virtud del artículo 24(2) de la CNU el CS está obligado a conducirse de acuerdo a los propósitos y principios consagrados en dicho instrumento -entre los cuales se encuentra realizar la cooperación internacional a través de la promoción y el respeto por los DDHH-, señaló que la interpretación de las resoluciones del CS debía realizarse bajo la presunción de que este no pretende imponer a los Estados obligaciones que conduzcan al quebrantamiento de los principios fundamentales de DDHH. Ante la posible ambigüedad en el lenguaje empleado por el CS, consideró que debía elegir la interpretación que resulte más armónica con el CEDH, de forma tal que pudiera evitar un conflicto normativo. De esta forma, tomando en cuenta el lenguaje contenido en la CNU, debe considerarse que, si el CS tuviera la intención de que los EMNU contrajeran una obligación que pudiese conducir a un conflicto con sus obligaciones internacionales de DDHH, debe esperarse que manifieste dicho propósito a través de un lenguaje claro y preciso. Bajo este razonamiento, decidió que las previsiones contenidas en el artículo 5(1) del CEDH no habían sido desplazadas, así como que tampoco eran aplicables al caso ninguna de las causales que en virtud de las fracciones a) a la f) de dicho numeral, hubiesen permitido la detención del Al-Jedda.

⁹⁵³ Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia de 3 de septiembre de 2008, Sentencia, párr., 310-314.

En consecuencia, la detención del demandante constituía una violación al artículo 5(1) del CEDH por parte del Reino Unido⁹⁵⁴.

9.1.2 Delimitación de la Obligación de Cooperar a través de la Revisión Judicial Expresiva

Aunque fáctica y jurídicamente similares, *Behrami/Saramati* y *Al-Jedda* fueron decididos de forma significativamente distinta por TEDH. Es mi opinión, que tal discrepancia emerge como corolario de un proceso constituyente del Derecho Internacional, mismo que se desarrolla a través de la emisión de sentencias que componen manifestaciones del ejercicio de la revisión expresiva. Desde esta perspectiva, se advierte un cambio significativo en la actitud adoptada por el Tribunal de Estrasburgo que se juzga como una respuesta ante la sutil, pero innegable advertencia de la Cámara de los Lores, en el sentido de que los casos en comento deberían de haber sido abordados desde un enfoque distinto a aquel que provee de la óptica del conflicto normativo. Asimismo, se considera que el giro copernicano realizado por el TEDH en relación con la interpretación respectiva a la aplicabilidad del artículo 103 de la CNU con respecto al CEDH pudiera haberse generado como producto de cierta influencia ejercida sobre el Tribunal por la sentencia emitida por la Cámara de los Lores. En este sentido, resulta ilustrativa la Opinión de la Baronesa Hale de Richmond, cuando tras coincidir con Lord Bingham en el sentido de que, efectivamente, las obligaciones derivadas de la CNU condicionan la aplicación de aquellas provenientes del CEDH; se pronunció en los siguientes términos:

*That is, however, as far as I would go. The right is qualified but not displaced. This is an important distinction, insufficiently explored in the all or nothing arguments with which we were presented. We can go no further than the UN has implicitly required us to go in restoring peace and security to a troubled land. The right is qualified only to the extent required or authorised by the resolution. What remains of it thereafter must be observed. This may have both substantive and procedural consequences*⁹⁵⁵.

⁹⁵⁴ *Al-Jedda c. Reino Unido*, No. 27021/2008, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 7 de julio de 2011, Sentencia, pp. 60-63.

⁹⁵⁵ *Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause R (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent)*, SESSION 2007–08 [2007] UKHL 58, on appeal from: [2006] EWCA Civ 327, House of Lords, 12 de diciembre de 2007, p. 55.

Ante las circunstancias descritas, resulta lógico considerar que el enfoque propuesto por la Baronesa Hale no pasó desapercibido para el TEDH. Mediante dicha perspectiva, la Baronesa evidenció la necesidad de encontrar una forma de reconciliar las obligaciones derivadas de los compromisos adquiridos mediante la CNU y el CEDH, mismos que, tras la revitalización de la ONU una vez terminada la guerra fría, se encontraban en conflicto⁹⁵⁶. Mediante este enfoque, se rompe con el paradigma antiguo representando en la doctrina de la cuestión política. Asimismo, se reconoce la evolución acaecida en el *modus operandi* de las OI, misma que les permite incursionar en diversos campos normativos y ejecutivos; motivo por el cual, no resulta conveniente valorar sus actos de acuerdo a las concepciones imperantes al momento de la adopción de la CNU. De esta manera, se considera que el enfoque armonizador evidenciado por la Cámara de los Lores canalizó la decisión del TEDH en *Al-Jedda*, de modo tal que le permitió brindar una decisión compatible con ambos regímenes jurídicos. Incluso, puede considerarse que, al realizar precisiones sobre el lenguaje empleado por el CS en la emisión de sus resoluciones, el Tribunal se sumó a la modalidad de revisión expresiva al enviar un mensaje a través del cual no solo advertía sobre el futuro empleo de los límites prescritos en la CNU – si bien en la medida en que lo permita la exegesis- para tomar sus decisiones; sino que, además, comunicaba la necesidad de disminuir la ambigüedad en las resoluciones del Órgano.

Este enfoque armonizador, sería empleado de nuevo por el TEDH en relación con el caso *Nada*⁹⁵⁷. Dicho asunto, se relaciona directamente con la implementación de sanciones selectivas producto de la ejecución del Régimen 1267. El caso, había sido resuelto por los tribunales suizos en función de un enfoque de sumisión al régimen jurídico de la ONU, producto de la obligación que deriva de la aplicación conjunta de los artículos 25 y 103 de la CNU. Sin embargo, tal y como sucedió en *Al-Jedda*, el TEDH empleó una técnica interpretativa basada en el lenguaje utilizado por el CS para prevenir la erosión total de la protección que pretende brindar el CEDH. De esta forma, pese a que hasta el momento hemos concentrado esfuerzos en el análisis de aquellos casos que involucran violaciones de DDHH surgidas en función de otro tipo de decisiones del CS, se juzga apropiado aludir a algunas de las particularidades del caso *Nada*, mismo que se relaciona directamente con la aplicación de sanciones selectivas

⁹⁵⁶ *Ibid.*

⁹⁵⁷ *Nada c. Suiza*, No. 10593/08, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 12 de septiembre de 2012.

para el combate al terrorismo puesto que resulta ilustrativo de lo que se considera un cambio importante en la línea jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo.

El caso surge a raíz de la aplicación de sanciones selectivas derivadas de la resolución 1267 (1999) del CS sobre Youssef Moustafa Nada. El Sr. Nada, nacional italiano y egipcio a la vez, residía en el enclave italiano de Campione; territorio de aproximadamente 1.6 Km cuadrados de extensión, rodeado por el cantón suizo de Ticino, y separado del resto de Italia por el lago Lugano. En octubre del año 2000, con el fin de implementar la resolución 1267 (1999), Suiza adoptó un decreto por medio del cual instituía medidas contra el Talibán (en adelante, Decreto Talibán). Este, sería subsecuentemente reformado, incluyendo su título. En noviembre de 2001, Nada fue añadido a la lista del Comité de Sanciones. Días después, su nombre fue añadido a la lista anexada en el Decreto Talibán. En aquel momento, el Sr. Nada contaba con 70 años de edad y su estado de salud se encontraba notablemente deteriorado. Como consecuencia de las sanciones, se vio impedido para abandonar su lugar de residencia en Campione puesto que las medidas restringían su movilidad en y a través de Suiza. Dicha situación, lo previno de recibir los cuidados médicos que requería al imposibilitar su salida del enclave en que habitaba. De tal manera, en marzo de 2004 presentó un recurso ante la Oficina Federal de Inmigración, Integración y Emigración Suiza, por medio del cual solicitaba autorización para transitar dentro y fuera de Suiza a fin de poder recibir atención médica, así como de participar en procesos legales entablados tanto en Suiza como en Italia. La Oficina de Inmigración negó la solicitud al considerarla carente de fundamento⁹⁵⁸.

Con anterioridad, en octubre de 2001, el Fiscal Federal de Suiza había iniciado una investigación en contra del Sr. Nada. Mediante decisión fechada en abril de 2005, la Corte Federal Suiza ordenó al Fiscal Federal que descontinuara la investigación, o bien que la remitiese al juez investigador federal competente. El 31 de mayo, el Fiscal ordenó el cierre de la investigación por considerar que las acusaciones carecían de substancia. En septiembre del mismo año, Nada solicitó al Consejo Federal Suizo que suprimiera su nombre de la lista anexada al Decreto Talibán en vista de que el Fiscal Federal había descontinuado la investigación en su contra. En enero de 2006, el Secretariado Estatal para Asuntos Económicos negó la solicitud argumentando que Suiza estaba impedida para remover nombres del anexo al Decreto Talibán mientras que

⁹⁵⁸ *Ibid.*, pp. 4-6.

estos permaneciesen en la lista del Comité de Sanciones. En febrero del mismo año, Nada presentó una apelación administrativa ante el Departamento Federal de Asuntos Económicos. En junio, dicha Oficina confirmó la decisión del Secretariado Estatal para Asuntos Económicos, resaltando la necesidad de que a fin de que una persona fuese removida de la lista del Comité de Sanciones, su Estado de residencia o nacionalidad tenía que realizar las gestiones pertinentes ante la ONU. Siendo que Suiza no satisfacía ninguno de dichos criterios, el Departamento consideró que se encontraba imposibilitado para asistir al Sr. Nada⁹⁵⁹.

Bajo estas circunstancias, Nada presentó una apelación ante el Consejo Federal Suizo el 15 de junio del año 2006. Dicho recurso sería remitido a la Corte Federal Suiza. En abril del 2007, presentó una solicitud ante el entonces recientemente instaurado Punto Focal para que su nombre fuese suprimido de la lista del Comité de Sanciones. Ésta, le fue negada en octubre del mismo año. Subsecuentemente, solicitó al Punto Focal la información concerniente al Estado que había propuesto su inclusión en la lista, así como aquella relativa a las razones que habían llevado a su inclusión. Ambas solicitudes fueron negadas, informándosele que un Estado cuya identidad no podía ser revelada se había opuesto a la supresión de su nombre⁹⁶⁰. El caso del Sr. Nada, evidencia la insuficiencia de garantías de la cual inicialmente adolecía el régimen 1267. Asimismo, pone de manifiesto el alcance limitado que representaron para estos efectos las primeras reformas emprendidas, entre estas, la instauración del Punto Focal. Todavía, la sentencia que habría de emitir la Corte Federal Suiza se considera reveladora de un enfoque gentil de deferencia hacia las resoluciones del CS. Tal enfoque, ha sido propiciado por el fenómeno relativo a la titularización global del terrorismo, en cuanto a que, como se verá, pese al reconocimiento expreso de la falta de garantías en materia de DDHH imperante en los procesos de sanciones del CS, todavía, la Corte se consideró impedida para brindar cualquier tipo de alivio al Sr. Nada debido al desplazamiento que las resoluciones del CS ocasionaban sobre sus derechos fundamentales.

De esta forma, mediante sentencia emitida con fecha de 14 de noviembre de 2007, la Corte Federal Suiza rechazó la apelación del Sr. Nada. A grandes rasgos, consideró que Suiza se encontraba obligada a llevar a cabo las decisiones del CS en virtud de la

⁹⁵⁹ *Ibid.*, pp. 5-6.

⁹⁶⁰ *Ibid.*, pp. 6-8.

conjunción de obligaciones derivadas de los artículos 25 y 103 de la CNU. Todavía, observó que el CS se encuentra igualmente obligado por la CNU, razón por la cual debe actuar de acuerdo a los principios y propósitos de la ONU, entre los cuales se encuentra el respeto a los DDHH y las libertades fundamentales. Sin embargo, tomó la postura de que los EMNU no pueden incumplir con una obligación impuesta por el CS sobre la base de que resulte substantivamente inconsistente con la CNU, particularmente en relación con aquellas obligaciones adoptadas en virtud del Capítulo VII de dicho instrumento. Seguidamente, observando que la Constitución suiza no contiene previsiones que indiquen la manera de resolver posibles conflictos entre normas distintas de Derecho Internacional, consideró que, a menos que el conflicto pudiese ser resuelto acorde a las normas de interpretación de los tratados, tendría que adjudicarse con base a la jerarquía normativa del Derecho Internacional. De acuerdo con ésta, las obligaciones derivadas de la CNU deberán prevalecer sobre todas aquellas derivadas de otros acuerdos internacionales. Añadió, que interpretaciones diversas sobre la implementación de las resoluciones del CS por parte de los tribunales de Estados pertenecientes al CEDH, o bien al PIDCP, podrían poner en riesgo la aplicación uniforme de las sanciones de la ONU si por medio de estas se obviasen las decisiones del CS con el propósito de proteger los DDHH de sus nacionales⁹⁶¹.

Sin embargo, aceptó que la obligación de implementar las resoluciones del CS se encontraba limitada por las normas de *jus cogens*. De tal suerte, se consideró constreñida a verificar si los regímenes de sanciones antiterroristas eran susceptibles de vulnerar las normas imperativas del Derecho Internacional. Tras citar algunos ejemplos de normas pertenecientes a dicha categoría -tales como el derecho a la vida, la prohibición a la tortura y al trato inhumano y degradante, la prohibición de esclavitud, la prohibición de penas colectivas, el principio de la responsabilidad penal individual, el principio de no retroactividad de la ley-, decidió que ni el gozo de posesiones, ni la libertad económica, ni el derecho a un juicio justo o a un remedio efectivo pertenecían al rubro del *jus cogens*⁹⁶². Es mi opinión, que el razonamiento esbozado por la Corte Federal Suiza deriva de una clara influencia proveniente de la sentencia *Kadi 2005*⁹⁶³ emitida por el TPI en el ámbito comunitario. Se sugiere, que la Corte siguió la misma

⁹⁶¹ *Ibid.*, pp. 8-9.

⁹⁶² *Ibid.*, p. 9.

⁹⁶³ *Kadi c. Consejo y Comisión*, asunto T-315/01, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda Ampliada), 21 de septiembre de 2005, Sentencia.

línea del TPI al decidir que las resoluciones del CS, así como los actos de implementación que de estas derivan se encuentran exentos de cualquier tipo de control judicial, excepto con relación a las normas de *jus cogens*. Aunque considerada en algunos círculos como audaz⁹⁶⁴, la sentencia del TPI ha sido ampliamente criticada; principalmente porque se considera que el empleo del *jus cogens* como estándar de revisión a los actos del CS, o bien a aquellos que los implementan, conduce a resultados manifiestamente deficientes en cuanto al grado de protección que este puede llegar a conceder. La elección de dicho estándar, corresponde a la postura de que revisar los actos que implementan las resoluciones del CS resulta equivalente a revisar las resoluciones mismas. Por ende, estos solo pueden verificarse atendiendo a la jerarquía normativa internacional, la cual sitúa a las normas perentorias por encima de la totalidad del ordenamiento jurídico internacional. Además, debe considerarse que el *jus cogens* no parece extenderse a la prohibición de la denegación de acceso a la justicia sino limitarse a las prohibiciones más evidentes, como contra la tortura y el genocidio. Por otro lado, existen ciertos indicios de que el derecho de acceso a la justicia pudiera ser incluido dentro de la categoría de normas imperativas de Derecho Internacional. Uno de tales, es la afirmación realizada por el CDDHH a través de su comentario general número 32, en el sentido de que los principios fundamentales de un juicio imparcial contenidos en el artículo 14 del PIDCP, incluida la presunción de inocencia, no son derogables al margen de no estar incluidos en la lista de derechos no suspendibles contenida en el párrafo 2 del artículo 4 del Pacto⁹⁶⁵.

Con posterioridad, el TJ anularía la decisión tomada por el TPI al emitir la sentencia en apelación *Kadi 2008*, de fecha de 3 de septiembre de 2008⁹⁶⁶. Por medio de dicho instrumento, decidiría que el TPI había errado en derecho al considerar que las decisiones del CS pueden ser revisables a la luz del *jus cogens*. Para el TJ, las decisiones del CS se encuentran exentas de cualquier clase de escrutinio por parte de los tribunales nacionales y regionales. No obstante, mediante lo que se considera un juicio paradigmático, afirmó su competencia para revisar todos los actos comunitarios, incluso aquéllos que implementan resoluciones del CS. De esta forma, confirmó la posibilidad

⁹⁶⁴ Peter Hilpold, *Op. Cit.*, p. 172.

⁹⁶⁵ Observación General No. 32, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32, 23 agosto de 2007, párr. 6.

⁹⁶⁶ *Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo*, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 3 de septiembre de 2008.

de revisar indirectamente los actos del máximo órgano político de Naciones Unidas. El caso *Kadi I* constituye un referente por excelencia en el tema relativo a la revisión de las sanciones selectivas del CS. Por esta razón, se dedicará un espacio considerable en la siguiente sección de esta última parte al análisis de los efectos producidos por las sentencias aludidas, así como a aquellos respectivos a las dos decisiones posteriores que serían emitidas por los tribunales comunitarios en relación con una segunda demanda derivada del mismo caso que será realizado durante la tercera sección del presente capítulo. Sin embargo, se estima pertinente la referencia actual a tales sentencias en cuanto a que se considera que han sido clave en el proceso de revisión judicial expresiva que forma parte de un proceso más amplio con características constituyentes. La influencia de *Kadi 2005* resulta evidente en la decisión de la Corte Federal Suiza, del mismo modo en que se revelará que *Kadi 2008*, en conjunción con *Al-Jedda* ante la Cámara de los Lores y el propio TEDH, sin duda alguna contribuyeron a moldear la decisión de este último al resolver el asunto *Nada*.

Bajo estas circunstancias, el asunto *Nada* finalmente se presentó ante el TEDH. En aquel momento, no solo se había desahogado ya en su totalidad el asunto *Kadi I* ante el TJ, sino que, a la vez, habían sido resueltos otros tantos casos relacionados con la implementación de sanciones antiterroristas que el Tribunal aprovecharía para componer su decisión. Además del caso aludido, el TEDH hizo referencia al caso *Sayadi*⁹⁶⁷, asunto que tuvo oportunidad de examinar el CDDHH. Este, se originó raíz de la inclusión en la lista 1267 de dos nacionales belgas que habían sido incluidos a solicitud del Estado Belga en el año 2003. Tras varios esfuerzos infructuosos realizados a nivel nacional, regional e internacional para ser suprimidos de la lista, la Corte de Primera Instancia de Bruselas ordenó al Estado belga, *inter alia*, que iniciara el procedimiento de remoción de la lista ante el Comité de Sanciones, orden que Bélgica cumplimentó. El CDDHH observó que la inclusión en la lista de los afectados había sido realizada por su Estado de nacionalidad sin que se les hubiese brindado la oportunidad de ser escuchados. De tal manera, determinó que, aunque Bélgica no podía remover por sí misma los nombres de los implicados, resultaba responsable de su inclusión, y, por ende, de la restricción de movilidad que se les había impuesto. Consideró, que tal limitante resultaba violatoria del derecho a libertad de tránsito

⁹⁶⁷ Nabil Sayadi and Patricia Vinck c. Bélgica, Observaciones del Comité para los Derechos Humanos bajo el artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, CCPR/C/94/D/1472/2006, 29 de diciembre de 2008.

consagrado en el artículo 12 del PIDCP. Asimismo, siendo que las investigaciones conducidas por el propio Estado belga habían sido descontinuadas, así como que este había gestionado su remoción de la lista, sostuvo que las restricciones de tales derechos eran innecesarias para proteger la seguridad nacional. Del mismo modo, tomando en cuenta que la lista en la cual estaban incluidos los afectados, junto a parte de su información personal se encontraba disponible en internet, determinó que existía una violación al artículo 17 del PIDCP en cuanto a que los sancionados habían sufrido un ataque ilegal sobre su honor y reputación.

Sayadi es representativo de la división de opiniones que ha producido la aplicación de sanciones antiterroristas en los diversos círculos de la ONU. Lo mismo que el caso *Nada*, refleja las deficiencias en materia de protección a los DDHH del régimen 1267, mismas que pueden conducir a que incluso en aquellos asuntos en que las autoridades locales obtengan certeza jurídica de que los sancionados no guardan relación alguna con grupos terroristas; estos, puedan llegar a encontrarse confinados en una suerte de limbo jurídico del cual, aun con los esfuerzos de sus respectivos Estados, resulta extremadamente complicado salir. Finalmente, los afectados fueron excluidos de la lista a través de una decisión del Comité de Sanciones de 12 de julio de 2009. De forma similar, los tribunales domésticos de algunos EMNU habían comenzado a romper el paradigma relativo a la imposibilidad de revisar los actos de implementación de las resoluciones del CS debido a que esto constituiría una revisión, si bien indirecta, de tales instrumentos. Tales asuntos, serán abordados posteriormente en conjunción con la sentencia *Kadi 2008* en cuanto a que se considera que esta última constituye el punto de inflexión que finalmente posibilitó la revisión indirecta a los actos del CS. De esta forma, se procede con el análisis de la sentencia *Nada* por parte del TEDH, misma que también resulta representativa de tales desarrollos.

Se advierte que el TEDH resolvió *Nada* de acuerdo a los desarrollos aludidos, así como a la regla de interpretación que había empleado en *Al-Jedda*. Siguiendo la misma línea, distinguió entre *Nada* y *Behrami/Saramati* señalando que, en este último, los actos habían sido atribuidos a la ONU debido a que los Estados Contribuyentes actuaban en virtud de poderes legítimamente delegados por el CS, mientras que, en *Nada*, las resoluciones pertinentes del CS -particularmente la 1267 (1999), 1333 (2000), 1373 (2001) y 1390 (2002)- tenían que ser implementadas por cuenta de los Estados. En consecuencia, el TEDH consideró que el Sr. Nada se encontraba bajo la jurisdicción

suiza en términos del artículo 1 del CEDH. Una vez realizada la distinción, no tuvo problema en determinar que se había interferido con el derecho del demandante al respeto a una vida privada y familiar en términos del artículo 8(1) del CEDH en cuanto a que, debido a la situación geográfica particular de su residencia, las sanciones constituían una restricción significativa a sus derechos. Del mismo modo, decidió que Nada no había tenido acceso a un medio efectivo para solicitar la remoción de su nombre del anexo al Decreto Talibán, lo cual era constitutivo de una violación conjunta de los artículos 13 y 8 del CEDH.

Se observa, que una vez sorteadas las barreras erigidas por las cuestiones relativas a la atribución e inmunidad con la que se enfrentó el TEDH en *Behrami/Saramati* se posibilitó la revisión judicial indirecta a los actos del CS. Siguiendo la línea trazada por el TJCE en *Kadi 2008*, consideró que, sin perjuicio a la naturaleza vinculante de las resoluciones del CS, la CNU permite a los Estados elegir el modo en que habrán de implementar tales decisiones. De esta forma, razonó que el Estado Suizo gozaba de cierta latitud en la implementación de las medidas del CS, misma que le hubiese permitido adecuarlas a la situación particular del Sr. Nada. Así, concluyó que Suiza no había podido demostrar que había intentado, en la medida de lo posible, armonizar las obligaciones internacionales en conflicto⁹⁶⁸. Todavía, el caso resulta ilustrativo de las paradojas que pueden suscitarse cuando un Estado que, como en el caso de Suiza, ha participado activamente en los esfuerzos colectivos por mejorar las salvaguardas a los DDHH en los regímenes antiterroristas del CS, se ve forzado a implementarlas bajo la creencia de que carece totalmente de un margen de apreciación. Sobre este punto, llama la atención que, aunque la Corte Federal Suiza había reconocido expresamente que los procedimientos de remoción ante el Comité de Sanciones, incluso tras ser mejorados por el CS, no podían considerarse como un remedio efectivo en términos del artículo 13 del CEDH; haya considerado que se encontraba impedida para levantar las sanciones al demandante sobre la base de que eran violatorias para los DDHH⁹⁶⁹.

Puede apreciarse como la interacción entre tribunales situados en planos jurídicos disímiles es susceptible de generar cambios trascendentales que se revelan por medio un intercambio en el enfoque con que se concibe la relación entre el sistema interno y el ordenamiento jurídico de la Naciones Unidas. Dichas transformaciones, se generan en

⁹⁶⁸ Nada c. Suiza, No. 10593/08, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 12 de septiembre de 2012, Sentencia, pp. 51-56.

⁹⁶⁹ *Ibid.*, pp. 10-11.

función de una intención por lograr la prevalencia de los valores propios al sistema jurídico interno -en este caso el ordenamiento jurídico de la UE o bien aquel relativo al CEDH- frente a aquellos dimanados de un sistema externo -el internacional, representado por la ONU. En el caso particular europeo, en donde tanto la cooperación internacional como el respeto a los DDHH constituyen valores cuyo ordenamiento jurídico considera como de la más alta estima; se considera, que los actos individuales de desafío que representan sentencias como las que nos ocupan realizan una función constituyente por medio de la cual se advierte -y comunica- la necesidad de encontrar un balance entre ambos grupos de valores. El siguiente pasaje, extraído de la sentencia *Kadi 2008* y reproducido en *Nada* por el TEDH ejemplifica el magno alcance que representa el cambio de enfoque al que se alude:

“[I]t is not a consequence of the principles governing the international legal order under the United Nations that any judicial review of the internal lawfulness of the contested regulation in the light of fundamental freedoms is excluded by virtue of the fact that that measure is intended to give effect to a resolution of the Security Council adopted under Chapter VII of the Charter of the United Nations”⁹⁷⁰.

Como se recordará, a fin de llegar a tal conclusión, el TJCE se había valido en parte de la distinción en materia de atribución establecida por el TEDH en *Behrami/Saramati*. Por su parte, considerando que los actos que implementan las resoluciones del CS no pueden evadir al escrutinio judicial debido a la latitud gozada por los Estados para llevarlos a cabo, el TEDH retomó el enfoque armonizador empleado en *Al-Jedda*. De esta forma, se refirió al texto de la resolución 1390 (2002), advirtiéndole que en el inciso b) de su párrafo segundo señalaba que las restricciones relativas a la entrada y tránsito de los sancionados no serían aplicables cuando fuese “necesario” para el cumplimiento de una diligencia judicial, o bien cuando el Comité de Sanciones determinase para cada caso en particular que la entrada o el tránsito se encontraran justificados. Para el TEDH, el término “necesario” debería construirse caso por caso. Asimismo, consideró que en señalamiento realizado en el párrafo 8 de la resolución en el sentido de que se exhortaba “a todos los Estados a que adopten de inmediato disposiciones para hacer cumplir y hacer más estrictas, promulgando leyes o adoptando medidas administrativas, según

⁹⁷⁰ Nada c. Suiza, No. 10593/08, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 12 de septiembre de 2012, Sentencia, p. 59.

proceda, las medidas dispuestas en sus leyes y reglamentos nacionales y otras personas o entidades en su territorio...”, la frase “según proceda”, tenía el efecto de conferir cierta flexibilidad a las autoridades nacionales en el modo de implementar la resolución. De esta forma, llevando la interpretación lingüística al extremo, consideró que existía un margen de apreciación que permitía a Suiza adecuar la implementación de las sanciones de acuerdo a las particularidades que requería el caso⁹⁷¹.

Ciertamente, el uso de un enfoque armonizador operable a través de interpretaciones lingüísticas por parte del TEDH parece encomiable por diversas razones. En primer término, se advierte que dicha técnica interpretativa resulta en un grado significativamente mayor de protección para los afectados. Seguidamente, debe acogerse con beneplácito cualquier esfuerzo realizado en aras de prevenir la fragmentación del Derecho Internacional, sobre todo cuando este se realiza de forma tal que se tomen en cuenta sus diversos fines. Sin embargo, la veta descubierta por el TEDH a través de la cual se posibilita la revisión indirecta de los actos del CS se entiende cargada de subjetividad y, por ende, susceptible de conducir a decisiones manifiestamente disímiles en casos de circunstancias similares. En este sentido, pese a que se concuerda con la idea de que una mayor precisión en el lenguaje empleado por el CS al emitir sus decisiones indudablemente facilitaría la labor del juzgador doméstico o regional encargado de valorarlas; todavía, se encuentra preocupante el que la protección que habrá de recibir una persona erróneamente sancionada, dependa en gran medida de interpretaciones filológicas.

Éstas, se juzgan estrechamente vinculadas con la cuestión relativa al margen de decisión que pueden tener los Estados al trasponer las decisiones del CS. Se advierte, que de acuerdo a lo decidido por el TEDH en *Al-Jedda y Nada*, pudiera considerarse que, todavía, el CS posee una facultad prácticamente irrestricta que le permite derogar discrecionalmente en materia de DDHH siempre que así lo estime conveniente para realizar sus objetivos. De esta forma, factores como una resolución que ha sido redactada en términos más puntuales; o bien, un tribunal que en vez de procurar un enfoque armonizador se satisfaga aplicando criterios formalistas basados en la jerarquía normativa de la que goza la CNU, bastarán para que la defensa de los DDHH al amparo de los instrumentos regionales y universales se desvanezca entre consideraciones gramaticales. De tal manera, se observa que el margen de apreciación identificado por el

⁹⁷¹ *Ibid.*, p. 51.

TEDH se construye bajo un esquema de subordinación -si bien mucho más moderado que aquel empleado por dicha autoridad en *Behrami/Saramati*- a las decisiones del CS. Entonces, tal margen posee un alcance sumamente limitado en cuanto a que puede tornarse inoperante de acuerdo a la potestad del CS.

Sin embargo, el TEDH ha tenido ocasión de aplicar nuevamente su enfoque armonizador basado en interpretaciones lingüísticas, al resolver el caso reciente de *Al-Dulimi y Montana Magement Inc. c. Suiza (Al-Dulimi)*⁹⁷². Dicho asunto, involucraba la congelación de activos de los demandantes por parte del Estado suizo, en cumplimiento de la resolución 1483 (2003) del CS. Por medio de dicho instrumento, se instituyó un comité de sanciones para que conformase una lista con el objeto identificar a aquéllos oficiales de alto rango pertenecientes al anterior régimen iraquí, cuyos bienes, incluyendo las entidades corporativas que resultasen de su pertenencia, habrían de ser congelados. En el ámbito interno, los demandantes se quejaron infructuosamente por la aplicación de las sanciones ante el Departamento Federal de Asuntos Económicos de Suiza. Seguidamente, apelaron la aplicación de las sanciones ante la Corte Federal Suiza, alegando que el procedimiento mediante el cual se les había incluido en la lista, había sido conducido en violación de las garantías procesales básicas consagradas en el PICDP, el CEDH, y la Constitución Suiza. Limitándose a verificar que los nombres de los demandantes correspondían con aquellos que figuraban en la lista de sanciones, la Corte Federal Suiza rechazó las apelaciones. En estas condiciones, los demandantes solicitaron su supresión de la lista mediante un procedimiento establecido a través de la resolución 1730 (2006) del CS, misma que les fue denegada.

De tal manera, los demandantes se quejaron ante el TEDH de que la confiscación de sus activos había sido realizada en ausencia de cualquier procedimiento compatible con el artículo 6(1) del CEDH. Mediante sentencia dictada el 26 de noviembre de 2013, el Tribunal encontró que efectivamente existía una violación al artículo 6(1) de Convenio⁹⁷³. No obstante, el Gobierno suizo solicitó que se refiriese el asunto a la Gran Sala del TEDH. Su solicitud fue aceptada, dando lugar a la sentencia de fecha 21 de

⁹⁷² *Al Dulimi y Montana Magement Inc. c. Suiza*, No. 5809/08, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia del 21 de junio de 2016, pp. 4-16.

⁹⁷³ *Al Dulimi y Montana Magement Inc. c. Suiza*, No. 5809/08, Segunda Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2013, Sentencia.

junio de 2016⁹⁷⁴. Mediante dicho instrumento, el TEDH rebatió el argumento del Gobierno suizo, según el cual, al implementar las sanciones se había topado con un conflicto entre sus obligaciones derivadas de la CNU y aquéllas dimanadas del CEDH. De acuerdo a su postura, dicho conflicto no podía resolverse puesto que la resolución 1483 (2003) no confería al Estado suizo ningún margen de apreciación en la ejecución de las sanciones. Recurriendo a la fórmula empleada en *Nada y Al-Jedda*, el TEDH consideró que de acuerdo con los propósitos y principios establecidos en el artículo 1 de la CNU, debía presumirse que el CS no puede tener la intención de contravenir principios fundamentales de DDHH. Por ello, el Tribunal debía de presumir la compatibilidad de las medidas del CS con el CEDH, y concluir, en principio, que no podía existir conflicto entre su implementación por parte de los Estados y el Convenio.

De tal suerte, el TEDH consideró que la resolución 1483 (2003) no prohibía expresamente al Estado suizo la verificación de la compatibilidad de las medidas internas de implementación con los DDHH. De acuerdo con su razonamiento, a falta de dicha limitante, debía de considerarse que Suiza gozaba de cierto margen de apreciación que le obligaba a verificar que la aplicación de las sanciones no fuese arbitraria. Ante la ausencia de dicho escrutinio, consideró que la aplicación de las sanciones se había realizado en violación del artículo 6(1) del CEDH. *Prima Facie*, pudiera considerarse que *Al-Dulimi* representa la consagración del método exegético a través del cual, por medio de interpretaciones lingüísticas, se presume la compatibilidad de las resoluciones del CS con el CEDH. No obstante, por medio del prisma que ofrece la revisión judicial expresiva, puede notarse que, aunque dicha tendencia pudiera estarse dirigiendo a la consolidación, todavía, no goza de aceptación plena, aún entre los propios magistrados del TEDH.

En este sentido, conviene referir la Opinión Disidente del Juez Nussberger⁹⁷⁵, rendida a la par de la sentencia *Al-Dulimi* de 2016. Mediante dicha opinión, el referido Juez muestra su franco desacuerdo con el argumento principal sostenido por la mayoría de los Miembros del Tribunal, a través del cual pretendieron resolver un conflicto normativo negando su propia existencia. Para el Juez Nussberger, la línea interpretativa inaugurada por el TEDH en *Al-Jedda*, resultaba adecuadamente aplicada a dicho asunto,

⁹⁷⁴ *Al Dulimi y Montana Magement Inc. c. Suiza*, No. 5809/08, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21 de junio de 2016, Sentencia, pp. 64-72.

⁹⁷⁵ *Al Dulimi y Montana Magement Inc. c. Suiza*, No. 5809/08, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21 de junio de 2016, Sentencia, Opinión Disidente del Juez Nussberger, pp. 141-142.

discutiblemente empleada en *Nada* y utilizada más allá de lo permisible en *Al-Dulimi*. De acuerdo con su razonamiento, la resolución 1483 (2003) no dejaba ningún margen de apreciación en la implementación de las medidas que contenía, en cuanto a que claramente exigía el congelamiento de los activos de aquellas personas *identificadas* en la lista de sanciones correspondiente, al tiempo en que requería que tales acciones fuesen ejecutadas de forma *inmediata* y *sin demora*. Según su punto de vista, aplicando los requisitos metodológicos básicos concernientes a la interpretación de los tratados internacionales, sería imposible concluir que en *Al-Dulimi*, las obligaciones convencionales de Suiza no solamente estaban en conflicto, sino que, además, resultaban mutuamente excluyentes.

Para el Juez Nussberger⁹⁷⁶, incluso reconociendo que el texto de la resolución 1483 (2003) confiriese cierto margen de apreciación en la implementación de sus medidas, todavía, puede detectarse un conflicto aparentemente imposible de resolver entre las obligaciones dimanadas de dicho instrumento y el artículo 6(1) del CEDH según como ha sido interpretado por el TEDH. En apoyo a su dicho, citó el siguiente extracto de la sentencia *Hornsby c. Grecia* de fecha 19 de marzo de 1997:

*[...] that right would be illusory if a Contracting State's domestic legal system allowed a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party. It would be inconceivable that Article 6 para. 1 should describe in detail procedural guarantees afforded to litigants – proceedings that are fair, public and expeditious – without protecting the implementation of judicial decisions; to construe Article 6 as being concerned exclusively with access to a court and the conduct of proceedings would be likely to lead to situations incompatible with the principle of the rule of law which the Contracting States undertook to respect when they ratified the Convention ... Execution of a judgment given by any court must therefore be regarded as an integral part of the 'trial' for the purposes of Article 6; [...]*⁹⁷⁷.

De acuerdo con el Juez Nussberger⁹⁷⁸, el resultado de cumplir con el requerimiento de verificar que las medidas a implementar no fuesen arbitrarias, resultaría en que el

⁹⁷⁶ *Ibid.*, pp. 144-145.

⁹⁷⁷ *Hornsby c. Grecia*, 19 marzo 1997, § 40, *Reporte de Sentencias y Decisiones* 1997-II.

⁹⁷⁸ *Al Dulimi y Montana Magement Inc. c. Suiza*, No. 5809/08, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21 de junio de 2016, Sentencia, Opinión Disidente del Juez Nussberger, pp. 141, 144-145.

procedimiento ante las cortes domésticas permaneciese abierto. De tal manera, si un tribunal encontrase que las medidas efectivamente revisten carácter arbitrario, la no implementación de las sanciones dejaría de ser temporal, para adquirir una condición permanente. De esta forma, las obligaciones concernientes al congelamiento de activos quedarían definitivamente frustradas. Para el Juez Nussberger, el derecho a un proceso equitativo contenido en el artículo 6 del CEDH sería ficticio si un juicio final careciera de efectos. En su opinión, al tratar de armonizar las diversas obligaciones convencionales en juego, la mayoría del TEDH omitió abordar este punto crucial. De tal suerte, aunque reconoció junto a la mayoría de la Gran Sala la existencia de obvias deficiencias en los sistemas sancionadores del CS; consideró que bloquear los mecanismos de aplicación de sanciones en función del razonamiento empleado en *Al-Dulimi* conduce a un callejón sin salida puesto que deja a los Estados interesados en un limbo jurídico. Por ende, afirmó la necesidad de encontrar una solución efectiva al nivel de la ONU.

A primera vista, pudiera considerarse que por medio de las interpretaciones filológicas empleadas en *Al-Jedda*, *Nada* y *Al-Dulimi*, el TEDH ha contribuido a fijar los límites que deben gobernar la cooperación con la ONU para aquellos EMNU que buscan igualmente cumplir con sus obligaciones relativas al CEDH. Incluso, su enfoque parece ser exitoso al reconciliar obligaciones en aparente conflicto. Sin embargo, la opinión del Juez Nussberger revela serias inconsistencias con la fórmula desarrollada por el TEDH, en el sentido de que evidencia su insuficiencia para cumplir a cabalidad con las garantías que deben de respetarse para que se satisfagan los requisitos de un proceso equitativo. De tal suerte, el grado de control logrado se revela como eminentemente procesal y, preocupantemente, altamente dependiente de la terminología que pudiera usar o no el CS al adoptar sus resoluciones.

En lo particular, no se encuentra sorprendente el que la revisión brindada por el TEDH en *Al-Dulimi* se haya construido en tales términos. Después de todo, ciertos aspectos de su razonamiento claramente emulan la sentencia *Kadi 2008*. En este sentido, se observa que tanto el TJ⁹⁷⁹ como el TEDH⁹⁸⁰ advirtieron la necesidad de revisar

⁹⁷⁹ *Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo*, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 3 de septiembre de 2008, párr., 282-286, 298-299, 320-323.

⁹⁸⁰ *Al Dulimi y Montana Magement Inc. c. Suiza*, No. 5809/08, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 21 de junio de 2016, Sentencia, pp. 68-72.

judicialmente los actos de aplicación de las sanciones del CS, aún y cuando estas se ejecutan en función de medidas decididas en virtud del Capítulo VII de la CNU, máxime ante la insuficiencia de los procedimientos de inclusión en las listas de sanciones a nivel Naciones Unidas para garantizar la debida protección a los derechos de los afectados. Con todo, aunque ciertamente se juzga que el alcance de la revisión empleada en *Al-Dulimi* conlleva serias insuficiencias, se entiende que no puede valorarse adecuadamente sin considerar el proceso de revisión judicial expresiva que, entre otros factores, condujo al cambio paradigmático reseñado en la presente sección. Por medio de dicha transformación, los enfoques jurisprudenciales que estimaban preciso aplicar irrestrictamente las resoluciones del CS, dan paso a un enfoque que, al tiempo en que procurar mantener la cooperación con la ONU, intenta desarrollar dicha cooperación con la menor afectación posible de los DDHH. De tal suerte, en la sección inmediatamente posterior a la presente, se comentará sobre la relevancia de *Kadi 2005* para el proceso de revisión judicial expresiva que se describe.

Como puede apreciarse, a excepción de las sentencias emitidas por el TEDH en relación con los asuntos *Al-Jedda*, *Nada*, y *Al-Dulimi* los casos recién analizados tienen en común que, en el espacio geográfico europeo, los diversos tribunales encargados de su resolución eligieron obedecer las obligaciones impuestas por el CS, dejando de lado los derechos constitucionales o convencionales considerados como fundamentales en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Tal metodología, ha sido identificada como una característica de un enfoque de subordinación gentil, con respecto al cual puede considerarse la ventaja de procurar la unidad y aplicación uniforme del Derecho Internacional. No obstante, una segunda mirada revela que dicho acercamiento carece de idoneidad incluso considerado desde una óptica internacionalista. En este sentido, se advierte que la interpretación judicial de normas de conflicto en ausencia de intentos por conciliar distintos sistemas de normas convencionales que tiene como resultado la subordinación, no encuentra conformidad con la fuerte presunción en contra del conflicto normativo que caracteriza al sistema jurídico internacional. Inclusive, se sugiere que a través de dicho enfoque se lleva a cabo una relativización del papel fundamental que deberían de gozar los DDHH en el ordenamiento jurídico internacional que puede servir para reforzar la creencia de que, al conducir sus actividades, el CS está exento de su consideración. A la vez, un paradigma de subordinación en los términos

descritos suscita consideraciones en cuanto a la pertinencia de dar primacía a los valores asociados con el sistema ONU, sobre todo si existen elementos para juzgar que, con respecto a la protección de los derechos fundamentales, los sistemas internos procuran una defensa de mayor conformidad con los estándares internacionalmente aceptados en la materia⁹⁸¹.

En este contexto, resulta preocupante la utilización que se ha hecho del artículo 103 de la CNU en la mayoría de los casos reseñados. Se advierte, que incluso en aquellos resueltos a través de interpretaciones lingüísticas afines a salvaguardar los DDHH, los tribunales envían un mensaje que comunica la imposibilidad de medir los actos del CS frente a estándares concretos de DDHH. Puede argumentarse, que el artículo 103 se adoptó con la intención de proveer una norma para aplicar en caso de que surgiera un conflicto entre obligaciones internacionales, y no como una vía para crear jerarquías normativas convencionales en virtud de las cuales, aquellos Estados que implementen las resoluciones del CS se encuentren absueltos de cumplir con sus obligaciones internacionales relativas a los DDHH. Desde esta óptica, no puede sostenerse una construcción como la erigida por el TEDH en *Behrami/Saramati* en donde accesiblemente se acepta que de la resolución 1244 (1999) deriva una “obligación” de realizar detenciones prolongadas por razones imperativas de seguridad, al tiempo en que se pasa por alto la encomienda claramente realizada a la presencia civil en Kosovo de “proteger y promover los Derechos Humanos”. Bajo estas circunstancias, sin duda alguna puede considerarse la ausencia de un conflicto normativo en cuanto a que la promoción y respeto a los DDHH puede entenderse como consustancial a una misión de desarrollo institucional llevada a cabo en el contexto posterior a un conflicto plagado de emergencias humanitarias⁹⁸².

Al-Jedda, Nada y *Al-Dulimi* demuestran un incremento en la protección a los DDHH, así como en cuanto al balance de objetivos diversos inter-sistémicos una vez que logra sobreponerse la barrera que representa el interpretar a la protección a los DDHH como sujeta a los objetivos del CS. Para los afectados, sortear dicha barrera implica un alcance mayor que aquel que pueda tener lugar mediante determinaciones concretas de atribución, en cuanto a que más bien representa el acceso, si bien limitado, a la protección de sus DDHH. Para la comunidad internacional, supone una elevación

⁹⁸¹ Kushtrim Istrefi, *Op. Cit.*, pp. 85-86.

⁹⁸² Bernhard Knoll, *Op. Cit.*, pp. 445-447.

en el grado de constitucionalización del Derecho Internacional en cuanto a que pone de manifiesto que, aunque primordial, el mantenimiento de la seguridad ha dejado de ser el único valor susceptible de imponerse al resto de los valores protegidos por el Derecho Internacional con base a consideraciones de jerarquía normativa.

El proceso aludido ha tenido como resultado el afianzamiento de los DDHH no solo en su carácter convencional, sino también en su capacidad de normas consuetudinarias. De esta forma, los tribunales en el espacio europeo se han ido paulatinamente alejando del enfoque de subordinación ejemplificado a través de los casos hasta ahora analizados, para decantarse por un enfoque que, pese a ser señalado como posiblemente pernicioso a la unidad en la interpretación y aplicación del Derecho Internacional, se entiende como más integral en cuanto a que toma en cuenta los valores jurídicos susceptibles de protección en todas sus áreas. Tal desarrollo, se vio particularmente impulsado en el contexto de la implementación de las sanciones selectivas para el combate al terrorismo debido a que conllevan una peligrosa extensión del poder ejecutivo a nivel nacional e internacional. Por medio de dicha extensión, resulta posible circundar los contrapesos y mecanismos de revisión de cuentas que se consideran aceptables en los Estados democráticos modernos.

Por ahora, hemos esbozado algunos de los efectos de dicho proceso constituyente que permiten entrever un cambio de enfoque a través del cual es posible revisar indirectamente los actos del CS. Sin embargo, es imprescindible profundizar en los desarrollos jurisprudenciales que posibilitaron decisiones como las que tomó el TEDH en *Al-Jedda*, *Nada* y *Al-Dulimi*. Por medio de estos, se ha desmitificado la idea de un CS intocable capaz de permanecer ajeno al escrutinio de sus actos en favor de una noción que lo concibe como un instrumento de la comunidad internacional que debe reflejar en su actuar los valores que le son propios. Todavía inconcluso, el proceso ha sido accidentado y cargado de consideraciones políticas. No obstante, se considera que, por ahora, los tribunales domésticos y regionales han salido fortalecidos de dicho curso, en cuanto a que, la disponibilidad del CS para modificar sus regímenes de sanciones de forma tal que sean más consecuentes con la protección a los DDHH se ha visto significativamente incrementada. Con todo, se considera que, por el momento, se ha producido un *impasse* en relación con un proceso que se entiende como una negociación realizado en función de una modalidad de revisión expresiva en cuanto que parece ser que el CS ha llegado al límite de las modificaciones que se encuentra dispuesto a

realizar; toda vez que el TJUE ha afirmado su competencia para revisar completamente todos los actos de derecho comunitario, incluyendo aquellos que se celebren tendientes a implementar las decisiones del CS. La evolución descrita, será mejor abordada a la luz de las sentencias emitidas en relación con el caso *Kadi*.

9.2 Entre la Deferencia y la Rebeldía: El Camino hacia la Revisión Judicial Indirecta de las Resoluciones Legislativas para la Lucha contra el Terrorismo

En el 2005, el TPI emitió sentencia⁹⁸³ relativa a la demanda presentada por Yassin Abdullah Kadi, ciudadano de Arabia Saudita con intereses económicos en Europa. Entre otras cosas, el Sr. Kadi alegó la ilegalidad de los reglamentos comunitarios a través de los cuales se había hecho acreedor a las sanciones selectivas derivadas del Régimen 1267. Argumentó, que tales disposiciones eran violatorias de sus derechos fundamentales, particularmente de aquellos relativos a su derecho a la propiedad y al debido proceso. Por tales motivos, solicitó su anulación en virtud del artículo 230 del TCE. El TPI terminó desestimando las peticiones del Sr. Kadi. Para tales efectos, sostuvo que, debido a una cuestión de principios, carecía de competencia para revisar la legalidad de los reglamentos impugnados en cuanto a que habían sido formulados para implementar decisiones vinculantes del CS. De acuerdo con la CNU, tales decisiones deben prevalecer sobre cualquier otro derecho, incluyendo el comunitario. Entonces, cualquier revisión de los reglamentos comunitarios hubiese implicado la inadmisibles revisión incidental de las decisiones del CS. Por consiguiente, el Tribunal consideró que solo tenía competencia para verificar incidentalmente la compatibilidad de las resoluciones del CS con las normas de *jus cogens*. Estas, resultan vinculantes no solo para el CS, sino para todos los sujetos de Derecho Internacional, en cuanto a que constituyen un grupo de normas jerárquicamente superiores al resto, que no admiten acuerdo en contrario. De tal manera, pese a haber considerado que el derecho a la propiedad, el derecho a un proceso equitativo y el derecho de acceso a los tribunales pertenecían a la categoría de normas imperativas del Derecho Internacional; el TPI entendió que tales derechos no habían sido infringidos en su carácter de *jus cogens*, rechazando de esta forma los alegatos del Sr. Kadi⁹⁸⁴.

⁹⁸³ Kadi c. Consejo y Comisión, asunto T-315/01, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda Ampliada), Sentencia del 21 de septiembre de 2005.

⁹⁸⁴ August Reinisch, "Should Judges Second-Guess the UN Security Council?", *Op. Cit.*, pp. 272-273.

La sentencia aludida fue apelada por el Sr. Kadi, dando lugar a una sentencia en apelación emitida por el TJ en el año 2008⁹⁸⁵. Dicho instrumento, evidencia un enfoque completamente distinto en relación con la revisión de sanciones impuestas por el CS. Tal discrepancia, condujo a la inversión de los hallazgos del TPI sobre la posibilidad de revisar judicialmente las decisiones comunitarias que implementan las resoluciones del CS, así como sobre los estándares de revisión a ser empleados ante posibles violaciones de DDHH. De esta forma, el TJ afirmó su competencia para revisar todos los actos de derecho comunitario, incluyendo aquellos a través de los cuales se implementan las resoluciones del CS. De acuerdo con su razonamiento, tal revisión se limita a los actos comunitarios de ejecución, razón por la que no puede extenderse a las decisiones del propio Consejo. En consecuencia, las cortes comunitarias carecen de facultades para revisar los actos del CS, incluso a luz del *jus cogens*. Seguidamente, argumentando que la CNU confiere libertad a los EMNU para implementar las resoluciones del CS, el Tribunal decidió que la revisión de los reglamentos comunitarios de acuerdo a los principios del ordenamiento jurídico europeo no implicaba desafío alguno para la primacía de las resoluciones del CS en el Derecho Internacional. Aplicando estándares comunitarios de revisión, determinó que los reglamentos impugnados por Kadi eran violatorios de su derecho a la defensa y a un remedio judicial efectivo, así como que resultaban en una restricción injustificada de su derecho a la propiedad. Finalmente, considerando que la anulación de los reglamentos podría perjudicar seriamente la efectividad de las sanciones antiterroristas, decidió mantener sus efectos por un periodo no mayor a tres meses, de forma tal que el Consejo de la UE pudiera subsanar las deficiencias encontradas⁹⁸⁶.

Con base a lo comentado, es posible identificar tres puntos principales que fueron objeto de consideración por parte del TJCE en *Kadi I*. Primeramente, se advierte una preocupación por esclarecer la incertidumbre en cuanto a la competencia de la UE para aplicar las sanciones selectivas del CS. Tal incertidumbre, se produjo en función de la falta de regulación sobre el tema, misma que condujo a los tribunales a interpretar teleológicamente las previsiones contenidas en el TCE, de forma tal que pudiera atribuirse dicha competencia a las instituciones europeas, no así a los Estados Miembros de la Unión. En segundo lugar, se observa una discrepancia entre ambos tribunales

⁹⁸⁵ Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo, asuntos acumulados C 402/05 P y C- 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 3 de septiembre de 2008.

⁹⁸⁶ August Reinisch, "Should Judges Second-Guess the UN Security Council?", *Op. Cit.*, pp. 273-277.

relativa a los estándares que pueden utilizarse para revisar incidentalmente las decisiones del CS. El TPI, actuó como si de un tribunal universal se tratara al arrogarse la competencia para revisar los actos del CS a la luz del *jus cogens*. Al hacerlo, se adentró en terrenos que la propia CIJ se ha negado a pisar. No obstante, su decisión ha sido fuertemente criticada y, se demostrará, que pese a la lógica contundente detrás del argumento de que, incuestionablemente, las normas imperativas de derecho internacional vinculan efectivamente al CS; todavía, su empleo como estándar de revisión resulta en una protección deficiente para los afectados. Por otro lado, se considera que la aplicación de estándares comunitarios emprendida por el TJ devenga en un grado de protección más adecuado a los intereses de los individuos sancionados. Finalmente, un tercer punto estrechamente relacionado con los dos anteriores, consiste en la distinta concepción de los términos que definen la relación que guarda el ordenamiento jurídico comunitario con el sistema ONU. Sobre este tema, es posible identificar un cambio radical en la actitud del TJCE al sustituir un enfoque que se juzga como metodológicamente deferencial a la ONU, por otro que raya en el desapego.

Se considera que la resolución de *Kadi I* implica repercusiones importantes de corte constitucionalista. Tal decisión, se entiende como constitucionalista en al menos dos niveles. Por una parte, representa una defensa a la autonomía constitucional europea a través de la cual se pretendió reafirmar los valores propios del ordenamiento jurídico comunitario. Por otra, evidencia el ascenso del constitucionalismo internacional en cuanto a que tuvo como resultado la reforma efectiva de los procesos sancionadores del CS. Adicionalmente, se considera que el cambio de enfoque se ha extendido no solo a las decisiones posteriores del propio TJCE, sino también a aquellas del TEDH y de las diversas cortes domésticas. Dichas instituciones, han modificado su forma inicial de abordar la revisión de los actos del CS; sustituyendo el enfoque de subordinación que determinaba sus decisiones por orientaciones sesgadas hacia el desapego, o bien la armonización. Adicionalmente, a través del análisis de *Kadi II*, se espera demostrar que los tribunales comunitarios han emprendido una campaña por medio de la cual pretenden reafirmar la autonomía del ordenamiento comunitario, toda vez que procuran la expansión de sus valores al ordenamiento jurídico internacional. Las sentencias referidas, ejemplifican el triunfo parcial del TJCE en cuanto a que representan la firmeza de su postura: todos los actos comunitarios están sujetos a una revisión judicial completa. En este sentido, la actividad jurisdiccional con respecto a *Kadi I* y *II*, se

percibe como la más trascendente para el surgimiento de incipiente comunidad global de tribunales, en cuanto a que funge como directriz para erosionar la doctrina de la cuestión política, de forma tal que permita a los tribunales involucrados en el proceso de revisión expresiva, considerar alternativas diversas al enfoque deferencial por medio del cual se coopera incondicionalmente con la ONU. Por otro lado, el alcance de la determinación mostrada por los tribunales pudiera haber llegado a su límite puesto que, al parecer, la instauración de la Oficina del Ombudsman representa la culminación del proceso de reforma emprendido por el CS.

9.2.1 Kadi 2005: ¿La Unión Europea como Agente de Naciones Unidas?

Como se ha esbozado, los regímenes de sanciones del CS han sido reformados significativamente desde su instauración. Para diciembre de 2006, el Órgano había introducido mejoras considerables entre las que es posible mencionar la introducción de excepciones humanitarias al congelamiento de activos con el fin de procurar las condiciones mínimas que los afectados necesitan para sobrevivir; el primer procedimiento de remoción de la lista de sanciones a través de vías diplomáticas; y, la instauración del llamado Punto Focal a través del cual los sancionados pueden solicitar directamente la supresión de sus nombres. No obstante, no puede entenderse que tales avances hayan representado en su momento una auténtica oportunidad para que las personas sancionadas solicitasen su eliminación de la lista, puesto que la posibilidad de supresión se encontraba condicionada enteramente a la discreción de los Miembros del Comité de Sanciones, órgano cuya composición refleja exactamente aquella del CS. De tal manera, pese a las reformas aludidas, los tribunales domésticos y regionales europeos tuvieron que lidiar con una serie de demandas relativas a la implementación de las sanciones selectivas. Actualmente, el ordenamiento comunitario cuenta con un considerable acervo jurisprudencial en la materia, cuyo análisis resulta esencial para el entendimiento de la evolución acaecida en relación con los regímenes de sanciones. Dicho análisis, representa complejidades adicionales en el espacio geográfico europeo en cuanto a que las resoluciones pertinentes del CS no se implementan domésticamente, sino a través del marco normativo de la UE. Tal situación, deriva en la interacción de

tres distintos niveles de gobierno: aquel relativo a la ONU; el concerniente a la UE; y el tocante a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados⁹⁸⁷.

En la UE, las sanciones derivadas del régimen 1267 se implementan a través de una lista centralizada que se compone y actualiza en el plano internacional a nivel ONU. Adicionalmente, las sanciones selectivas pueden ser implementadas por medio de la vía instaurada por la resolución 1373 (2001). Así, el CS delega su poder sancionador a los EMNU, o bien, a la propia UE, en cuanto a que los faculta para crear y mantener sus propias listas independientes⁹⁸⁸. De forma similar a lo que ocurre con la lista centralizada, la composición de la lista de la UE se realiza en virtud del consenso. Inicialmente, algunas de las deficiencias asociadas con el régimen 1267 -incluyendo aquellas relativas a los DDHH- se mantuvieron presentes durante la instauración y desarrollo del régimen europeo. En un principio, carecía de un procedimiento de supresión, toda vez que tampoco contemplaba un derecho a la compensación de aquellas personas que pudieran resultar víctimas de una inclusión errónea o dolosa. Originalmente, la mayor diferencia entre ambos sistemas resultaba en que el sistema europeo incluía criterios mucho más detallados para que los Estados justificasen sus propuestas de inclusión. Además, establecía el requerimiento de que la inclusión fuese decidida por una autoridad nacional competente, habiéndose realizado una investigación o enjuiciamiento por un acto terrorista; o bien teniendo indicios de la intención de cometer, participar o facilitar la comisión de dicho acto con base a evidencia seria y creíble; o bien ante la existencia de una condena por tales actos.

A diferencia del proceso centralizado, el proceso europeo permaneció inafectado hasta finales del año 2006. El proceso internacional, sería prontamente reformado por el CS en respuesta a las múltiples críticas recibidas. No obstante, el régimen europeo habría de ser nuevamente reformado tras la emisión de la sentencia relativa al caso *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Consejo de la Unión Europea* (OMPI)⁹⁸⁹. En dicho asunto, el TPI determinó la inaceptabilidad del proceso sancionador europeo desde el punto de vista de los DDHH. Con posterioridad, la UE no solo incluyó un resumen de razones para la inclusión; sino que, además, permitió la

⁹⁸⁷ Helmutt Philipp Aust, *Op. Cit.*, pp. 52-53.

⁹⁸⁸ Luis I. Gordillo Pérez, *Op. Cit.*, p. 223.

⁹⁸⁹ *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Consejo de la Unión Europea*, Asunto No. T-228/02, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Segunda Sala), Sentencia de 12 de diciembre de 2006.

reconsideración de dicha inclusión; instituyó un sistema de notificaciones a través del cual se comunica a los afectados la manera en que pueden solicitar excepciones humanitarias, así como el procedimiento a seguir para lograr su exclusión de las listas. Asimismo, la UE emitió una declaración a través de la cual se informaba la posibilidad de desafiar judicialmente la imposición de las sanciones ante el TPI. En contraste, el procedimiento centralizado todavía carece de un mecanismo de revisión judicial, imparcial e independiente⁹⁹⁰. Se considera, que la actividad judicial del TJCE ha sido clave para la mejora de los procedimientos de sanciones tanto a nivel regional como internacional. *Kadi 2005*, se presenta como el punto de partida idóneo para el análisis de tales desarrollos.

Los primeros actos de implementación por parte de la UE de las sanciones decididas por el CS pueden ubicarse en el contexto de la primera guerra del golfo pérsico. Antes de dicho periodo, es posible referirse a ciertas ocasiones esporádicas en que la UE decidió implementar sus propias sanciones económicas inspirada por las resoluciones de la ONU, o bien por los contenidos de la CNU⁹⁹¹. No obstante, con anterioridad a la década de los 1980s, la implementación de sanciones por parte de la UE ni siquiera era considerada. De tal manera, las sanciones impuestas a Rodesia del Sur fueron implementadas individualmente por los Estados Miembros en virtud de una cláusula del TCE que en aquel momento se consideraba como instituyente de una excepción soberana a la política comercial común que apenas emergía⁹⁹².

Eventualmente, las sanciones se adoptarían de manera normal sobre la base competencial del artículo 133⁹⁹³ -antes 113- del TCE. En su momento, tal mecanismo

⁹⁹⁰ Jessica Almqvist, *Op. Cit.*, pp. 310-312.

⁹⁹¹ A manera de ejemplo, es posible aludir a la decisión comunitaria de imponer sanciones a Argentina durante el conflicto en las Islas Malvinas. Tal decisión, fue presuntamente adoptada por la CE con base al derecho colectivo a la legítima defensa consagrado en el artículo 51 de la CNU, así como en virtud de la resolución pertinente del CS que caracterizaba a la acción argentina en contra de las Malvinas como un quebrantamiento a la paz. Asimismo, es posible hacer referencia a la decisión tomada por la CE de suspender la importación de monedas de oro (*Krugerrand*) provenientes de Sudáfrica, misma que fue adoptada en respuesta a los llamados formulados en ese sentido por la AGNU. Véase: Pieter-Jan Kuijper, "Implementation of Binding Security Council Resolutions by the EU/EC", en: Erika de Wet & André Nollkaemper, (editores), *Review of the Security Council by Member States*, (Oxford/Nueva York: Intersentia, 2003), p. 39.

⁹⁹² *Ibid.*, pp. 39-40.

⁹⁹³ El artículo 133 del TCE establece: 1. La política comercial común se basará en principios uniformes, particularmente por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales, la consecución de la uniformidad de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, y, entre ellas, las que deban adoptarse en caso de dumping y subvenciones. 2. Para la ejecución de esta política comercial común, la Comisión presentará propuestas al Consejo. 3. En el caso de que deban negociarse acuerdos con uno o varios

fue ampliamente criticado, principalmente debido a que las sanciones políticas eran predeterminadas por los Estados en el marco de la Cooperación Política Común a nivel internacional. De tal manera, siendo que carecían de un objetivo inmediatamente económico, existían dudas respecto a la competencia de la CE para adoptarlas. A través del Tratado de Maastricht, se creó un puente entre las determinaciones políticas adoptadas en el nivel de la UE, por un lado, y, la CE por el otro. De esta forma, se instituyó un mecanismo a través del cual, tras la adopción correspondiente de una posición común, la CE adquiriría una clara facultad para imponer sanciones políticamente motivadas. Tal mecanismo, opera sobre la base conjunta de los artículos 60⁹⁹⁴ y 301⁹⁹⁵

Estados u organizaciones internacionales, la Comisión presentará recomendaciones al Consejo, que la autorizará para iniciar las negociaciones necesarias. Corresponderá al Consejo y a la Comisión velar por que los acuerdos negociados sean compatibles con las políticas y normas internas de la Comunidad. La Comisión llevará a cabo dichas negociaciones consultando a un Comité especial, designado por el Consejo para asistirle en dicha tarea y en el marco de las directrices que el Consejo pueda dirigirle. La Comisión informará periódicamente al Comité especial sobre la marcha de las negociaciones. Serán aplicables las disposiciones pertinentes del artículo 300. 4. En el ejercicio de las atribuciones que le confiere el presente artículo, el Consejo decidirá por mayoría cualificada. 5. Lo dispuesto en los apartados 1 a 4 se aplicará asimismo a la negociación y a la celebración de acuerdos en los ámbitos del comercio de servicios y de los aspectos comerciales de la propiedad intelectual, en la medida en que dichos acuerdos no estén contemplados en dichos apartados y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6. No obstante lo dispuesto en el apartado 4, el Consejo decidirá por unanimidad sobre la negociación y la celebración de un acuerdo en uno de los ámbitos contemplados en el primer párrafo cuando dicho acuerdo contenga disposiciones para las que se requiera la unanimidad para la adopción de normas internas o cuando tal acuerdo se refiera a un ámbito en el que la Comunidad todavía no haya ejercido, mediante la adopción de normas internas, sus competencias en virtud del presente Tratado. El Consejo decidirá por unanimidad sobre la negociación y la celebración de un acuerdo de carácter horizontal siempre que también se refiera al párrafo precedente o al segundo párrafo del apartado 6. Lo dispuesto en el presente apartado no afectará al derecho de los Estados miembros de mantener y celebrar acuerdos con terceros países u organizaciones internacionales, siempre y cuando dichos acuerdos respeten el Derecho comunitario y los demás acuerdos internacionales pertinentes. 6. El Consejo no podrá celebrar un acuerdo si incluye disposiciones que excedan de las competencias internas de la Comunidad, en particular por tener como consecuencia una armonización de las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros en un ámbito en que el presente Tratado

excluya dicha armonización. A este respecto, y no obstante lo dispuesto en el primer párrafo del apartado 5, los acuerdos en el ámbito del comercio de los servicios culturales y audiovisuales, de los servicios de educación, así como de los servicios sociales y de salud humana serán competencia compartida entre la Comunidad y sus Estados miembros. Por consiguiente, la negociación de tales acuerdos exigirá, además de una decisión comunitaria adoptada de conformidad con las disposiciones pertinentes del artículo 300, el común acuerdo de los Estados miembros. Los acuerdos negociados de esta forma serán celebrados conjuntamente por la Comunidad y por los Estados miembros. La negociación y la celebración de acuerdos internacionales en el ámbito de los transportes seguirán sujetas a las disposiciones del título V y del artículo 300. 7. Sin perjuicio de lo dispuesto en el primer párrafo del apartado 6, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá hacer extensiva la aplicación de los apartados 1 a 4 a las negociaciones y acuerdos internacionales relativos a la propiedad intelectual, en la medida en que no estén contemplados en el apartado 5.

⁹⁹⁴ El artículo 60 del TCE establece: 1. Si, en los casos contemplados en el artículo 301, se considerare necesaria una acción de la Comunidad, el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 301, podrá tomar las medidas urgentes que sean necesarias sobre movimiento de capitales y sobre pagos respecto de los terceros países de que se trate. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 297 y hasta tanto el Consejo no haya tomado medidas con arreglo al apartado 1, un Estado miembro podrá, por razones políticas graves y por motivos de urgencia, tomar medidas unilaterales contra un tercer país en lo relativo a los movimientos de capitales y a los pagos. La Comisión y los demás Estados miembros

del TCE. El primero, posibilita la adopción de medidas urgentes por parte del Consejo de la UE en relación con los movimientos de capitales y pagos a terceros Estados. En función del segundo, el Consejo puede adoptar medidas urgentes cuando una posición común o acción común adoptadas con arreglo a las disposiciones del TCE relativas a la política exterior y de seguridad común, impliquen una acción de la Comunidad para interrumpir o reducir parcialmente o en su totalidad las relaciones económicas con uno o varios terceros países. Como es sabido, anteriormente imperaba la designación de sanciones comprensivas de naturaleza económica cuyos principales destinatarios eran los Estados. Inclusive, en aquellos casos en que era posible determinar la comisión de un ilícito internacional por parte de un individuo; la atribución del acto, así como las sanciones destinadas a remediarlo, recaían sobre los propios Estados. De tal manera, ante la caída en desuso de las sanciones comprensivas en favor de su modalidad selectiva, cabe cuestionarse sobre la idoneidad, incluso, sobre la legalidad, de que la CE emplee la pasarela establecida por los artículos referidos para imponer sanciones que recaen directamente sobre los individuos sospechosos de cometer actos terroristas⁹⁹⁶.

En *Kadi I*, la cuestión relativa a la competencia de la CE para implementar las sanciones selectivas del CS resultó en un auténtico galimatías que, discutiblemente, ninguno de los tribunales comunitarios pudo resolver de forma enteramente satisfactoria. Para el TPI, el reglamento 467/2001, instrumento por el que originalmente se habían aplicado las sanciones a Kadi, había sido adoptado por el Consejo de la UE sobre una base competencial adecuada, aunque mediante una justificación errónea. Dicho instrumento, había sido emitido con el objeto de trasponer las disposiciones prescritas por la resolución 1333 (2009) del CS. De acuerdo con el Consejo de la UE, siendo que el reglamento estaba específicamente dirigido al régimen talibán, que en aquel momento controlaba la mayoría del territorio afgano, existían un vínculo territorial entre la resolución y los sancionados. De esta forma, el órgano consideró que podía emplear la pasarela creada entre la UE y la CE por medio de los artículos 60 y

deberán ser informados de dichas medidas a más tardar en la fecha de entrada en vigor de las mismas. El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá acordar que el Estado miembro de que se trate deba modificar o suprimir tales medidas. El Presidente del Consejo informará al Parlamento Europeo de las medidas que tome el Consejo.

⁹⁹⁵ El artículo 301 del TCE establece: Cuando una posición común o una acción común, adoptadas con arreglo a las disposiciones del Tratado de la Unión Europea relativas a la política exterior y de seguridad común, impliquen una acción de la Comunidad para interrumpir o reducir parcialmente o en su totalidad las relaciones económicas con uno o varios terceros países, el Consejo adoptará las medidas urgentes necesarias. El Consejo decidirá por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión.

⁹⁹⁶ Peter Hilpold, *Op. Cit.*, pp. 154-155.

301 del TCE para aplicar sanciones selectivas aun y cuando dicho mecanismo había sido pensado para la aplicación de sanciones comprensivas a terceros Estados⁹⁹⁷.

No obstante, el reglamento 467/2001, objeto inicial de la demanda presentada por Kadi, sería derogado tras la adopción del reglamento 881/2002, mismo que fue emitido para dar cumplimiento a la resolución 1390 (2002) del CS. Esta última, había sido aprobada con posterioridad a la caída del régimen talibán tras la intervención militar de la coalición internacional en Afganistán. Por tal motivo, se dirigía específicamente contra Usama bin Laden, la red Al-Qaida, y las personas y entidades asociadas con estos. De tal forma, considerando que no existía un vínculo territorial entre la resolución y los posibles sancionados, el Consejo de la UE estimó que por sí solos, los artículos 60 y 301 del TCE no constituían una base jurídica suficiente para permitir la adopción del reglamento impugnado. Por ende, consideró la posibilidad de emplear el artículo 308 del TCE⁹⁹⁸ como base jurídica para su adopción. Dicho numeral, permite que las instituciones actúen para lograr alguno de los objetivos de la comunidad, aun y cuando ninguna disposición del TCE les confiera la competencia necesaria al efecto. No obstante, la aplicación del artículo referido está sujeta a un par de condiciones. Primeramente, este solo podrá emplearse ante la ausencia de cualquier otra disposición en el TCE que habilite la competencia de las instituciones para realizar el acto en cuestión. Además, el acto debe poder vincularse a alguno de los objetivos señalados por el tratado. De esta forma, aunque Consejo de la UE entendió que, por sí mismo, el artículo 308 tampoco constituía una base jurídica adecuada para adoptar el reglamento, consideró los requisitos de aplicación cumplidos, y defendió la operatividad del artículo para adoptar el reglamento en conjunción con lo previsto en los artículos 60 y 301 del TCE⁹⁹⁹.

Por su parte, el TPI difirió con la postura del Consejo de la UE en relación a los requisitos de aplicación del artículo 308 del TCE, particularmente en el punto concerniente a la vinculación del acto con los objetivos del tratado. Sobre este tema, el Consejo había defendido el carácter instrumental del reglamento para efectos de

⁹⁹⁷ Kadi c. Consejo y Comisión, asunto T-315/01, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda Ampliada), Sentencia del 21 de septiembre de 2005, párr., 88-91.

⁹⁹⁸ El artículo 308 del TCE establece: Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes.

⁹⁹⁹ Kadi c. Consejo y Comisión, asunto T-315/01, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda Ampliada), 21 de septiembre de 2005, Sentencia, párr. 95-101.

prevenir un riesgo de obstáculos a la libre circulación de capitales o de distorsiones importantes de la competencia. Asimismo, sostuvo la necesidad de que las sanciones se traspusieran por vía comunitaria debido a que su implementación por parte de los Estados Miembros entrañaría un riesgo verosímil y significativo de divergencias entre estos con respecto a la congelación de fondos. Para el TPI, no podía comprobarse que el reglamento contribuyera a prevenir riesgos de circulación de capitales o distorsiones de competencia. Asimismo, encontró que las resoluciones pertinentes del CS estaban redactadas de forma precisa y detallada, de manera tal que no dejaban a los Estados ningún margen para la interpretación. Seguidamente, concluyó que la lucha contra el terrorismo internacional, y más concretamente la imposición de sanciones económicas, no podía vincularse expresamente a los objetivos que los artículos 2 y 3 del TCE asignan expresamente a la Comunidad¹⁰⁰⁰.

Para el TPI la interpretación adecuada que finalmente justificaría la utilización del artículo referido deriva de la “pasarela” específicamente establecida, con ocasión de las modificaciones introducidas por el Tratado de Maastricht, entre las acciones de la CE de imposición de sanciones económicas con arreglo a los artículos 60 y 301 del TCE y los objetivos de la UE en materia de relaciones exteriores. De tal manera, siendo que le resultó imposible establecer un vínculo entre el acto de adopción del reglamento impugnado y el cumplimiento de los objetivos de la CE; atribuyó un carácter “totalmente especial” a los artículos 60 y 301 del TCE, considerando que no solo permiten el logro de los objetivos de la CE establecidos en dicho tratado; sino que, además, posibilitan la consecución de uno de los objetivos específicamente asignados a la UE por el Tratado de la Unión Europea (TUE), a saber, el desarrollo de una política exterior y de seguridad común. Añadió, que, en el marco de dichos artículos, la acción de la CE era en realidad una acción de la UE llevada a cabo tomando como base el pilar comunitario, tras la adopción por parte del Consejo de la UE de una posición o acción común en el marco de la PESC. Según su razonamiento, la interpretación referida resultaba plausible en cuanto a que, de acuerdo al artículo 3 del TUE, la Unión debe velar por mantener la coherencia del conjunto de su acción exterior en el marco de sus políticas en materia de relaciones exteriores, de seguridad, de economía y de desarrollo¹⁰⁰¹.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, párr. 102-116.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, párr. 116-124.

Aunque el TJUE ha realizado enormes esfuerzos, el control judicial inicial de las medidas antiterroristas del CS que tuvo que realizar pone de manifiesto las debilidades que caracterizan la tutela judicial efectiva en el ámbito de la PESC y de la Cooperación Judicial en Materia Penal. Dicho problema, se planteó claramente en la inclusión de determinadas personas y entidades en la lista creada en el marco de la posición común 2001/931, adoptada para implementar la resolución 1373 (2001). Dicha acción, se trató de un acto basado en los artículos 15 y 34 del TUE en cuanto a que incluía medidas que se enmarcan tanto en la PESC como en el tercer pilar. No obstante, los nombres fueron incluidos únicamente en el anexo de la Posición Común en relación con el artículo 4 que prevé que los Estados Miembros se prestarán mutuamente asistencia para la prevención y la lucha contra el terrorismo en relación con las personas y entidades incluidas en la lista. Tales cuestiones, fueron abordadas por el TEDH, el TPI y el TJ respectivamente en los asuntos *Segi*¹⁰⁰² y *Gestoras Pro Amnistía*¹⁰⁰³. SEGI es una organización cuyo objetivo es la defensa de las reivindicaciones de la juventud vasca, la identidad, la cultura y la lengua vascas. Gestoras Pro Amnistía, es una organización cuyo objetivo es la defensa de los DDHH en el País Vasco, en concreto, los derechos de los presos y de los exiliados políticos. Ambas entidades habían sido incluidas en la lista europea a través del mecanismo referido¹⁰⁰⁴.

En tales asuntos, los demandantes interpusieron un recurso ante el TEDH contra los entonces 15 Estados Miembros de la UE, alegando, *inter alia*, la violación de los derechos de libertad de expresión, la presunción de inocencia, y el derecho a un recurso efectivo. Tras examinar el contenido de la Posición Común, el Tribunal determinó que, aunque la inclusión de los demandantes en la lista podía ser embarazosa, no constituía un vínculo suficiente para justificar la aplicación del CEDH en cuanto que dicho acto no equivalía a la determinación de su responsabilidad penal. Cabe mencionar, que los demandantes se quejaban meramente de su inclusión en la lista en cuanto a que no se les habían aplicado medidas concretas de congelación de activos. Ante la negativa del TEDH, acudieron al TPI para reclamar la legalidad de su inclusión en la lista, así como una indemnización por dicha ocurrencia. El Tribunal, se declaró incompetente para

¹⁰⁰² Segi y Otros c. Consejo de la Unión Europea, Asunto No. C-355/04 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia de 27 de febrero de 2007.

¹⁰⁰³ Gestora Pro Amnistía y Otros c. Consejo de la Unión Europea, Asunto No. C-354/04 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia de 27 de febrero de 2007.

¹⁰⁰⁴ Juan Santos Vara, "El Control Judicial de la Ejecución de las Sanciones Antiterroristas del Consejo de Seguridad en la Unión Europea", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 15, 2008, pp. 2-4.

conocer sus pretensiones debido a que el TUE no contempla la indemnización frente a actos adoptados en el marco de la PESC y de la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal. De tal manera, aunque reconoció que carecían de un recurso judicial efectivo frente a los tribunales nacionales o comunitarios, no aceptó que dicha competencia pudiera derivarse de la Posición Común a pesar de que en esta se reconocía su derecho a solicitarla en caso de una inclusión errónea. Como señala Juan Santos Vara, a diferencia de lo ocurrido en los asuntos referidos, en *Kadi*, existía la posibilidad de presentar un recurso de anulación ante el TPI debido a que las medidas de congelación se habían aplicado a través de reglamentos comunitarios que, siempre y cuando se cumpla con el restrictivo test de alcance directo e individual, pueden ser objeto de control judicial. Añade, que, a pesar de haberse superado satisfactoriamente dichos requisitos, el TPI no dudó en sacrificar los derechos fundamentales de los demandantes con el objetivo de respetar las obligaciones derivadas de las resoluciones del CS. Finalmente, opina que, aunque el contenido de los autos de *Segi* y *Gestoras Pro Amnistía* puede ser entendido ante las limitaciones que presenta la jurisdicción del TPI en el segundo y tercer pilares, los efectos de la sentencia *Kadi I* resultan más difíciles de comprender¹⁰⁰⁵.

A fin de justificar la aplicación de los artículos 60 y 301 del TCE, el TPI se vio en la necesidad de fundamentar el origen de la competencia que habilita a la CE para aplicar sanciones derivadas de la ONU. Para tales efectos, consideró que, desde el punto de vista del Derecho Internacional, las obligaciones que la CNU impone a los EMNU prevalecen indiscutiblemente sobre todas las obligaciones de Derecho Interno o de Derecho Internacional convencional, incluidas aquellas impuestas con arreglo al CEDH, en el caso de los Estados que sean Miembros del Consejo de Europa, y aquellas impuestas con arreglo al TCE, en el caso de los Estados que sean Miembros de la CE. No obstante, a diferencia de lo alegado por la Comisión y el Consejo de la UE, el TPI juzgó que, para la CE, la obligación de aplicar las resoluciones vinculantes del CS deriva del propio TCE y no del Derecho Internacional General. De acuerdo a su razonamiento, siendo que no puede considerarse que la CNU vincule directamente a la CE en cuanto a que no es parte de dicho instrumento, la base jurídica que justifica la obligación de cumplir con lo prescrito en la CNU debe encontrarse en el propio tratado constitutivo de la CE. De esta forma, consideró que del contenido del artículo 307 del

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, pp. 5-6.

TCE¹⁰⁰⁶, se desprende la facultad -incluso la obligación- de los Estados Miembros para renunciar a aplicar toda disposición de derecho comunitario que obstaculice el cumplimiento de las obligaciones que les impone la CNU. Además, siendo que los Estados Miembros le han transferido las competencias necesarias para cumplir con tales obligaciones, debe considerarse que la CE no puede obstaculizar su cumplimiento, incluso, que está obligada a garantizarlo. Por lo demás, el TPI concordó con las instituciones europeas en el sentido de que, al implementar las resoluciones del CS; la CE actúa bajo competencias regladas que imposibilitan cualquier potestad discrecional, toda vez que le impiden ejercer margen de apreciación alguno. Por tanto, no puede modificar el contenido de dichas resoluciones ni crear mecanismos que puedan dar lugar a una modificación de sus contenidos.

De tal suerte, para poder demostrar la transferencia de las obligaciones dimanadas de la CNU por parte de los Estados a la CE, el TPI redescubrió la antigua teoría de la sustitución funcional empleada exitosamente en el caso *International Fruit*¹⁰⁰⁷. A través de ésta, se había justificado la vinculación de la CE al GATT, aun cuando esta no se había adherido a dicho instrumento. Para el Tribunal, resulta patente que al momento de celebrar el TCE, los Estados Miembros se encontraban vinculados por la CNU. A través del TCE, los Estados celebraron un acuerdo mediante el cual no podían traspasar a la CE más competencias de las que tenían, ni librarse de las obligaciones que habían adquirido frente a países terceros en virtud del tratado fundacional de la ONU. De tal manera, siendo que los Estados habían traspasado a la Comunidad las competencias que a este respecto solían ejercer, debe considerarse que las obligaciones correspondientes también deberían de ser asumidas por la comunidad. De esta forma, el Tribunal realizó una expansión considerable de la teoría de la sustitución funcional que, hasta ese momento, únicamente había sido empleada en el contexto específico del GATT. No

¹⁰⁰⁶ El artículo 307 del TCE establece: Las disposiciones del presente Tratado no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra. En la medida en que tales convenios sean incompatibles con el presente Tratado, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común. En la aplicación de los convenios mencionados en el primer párrafo, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en el presente Tratado por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Comunidad y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias en favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros.

¹⁰⁰⁷ *International Fruit Company y Otros*, asuntos acumulados 21/72, 22/72, 23/72 y 24/72, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 12 de diciembre de 1972.

obstante, poco después de haber emitido su decisión, el TJUE especificó los requisitos para aplicar la teoría de la sustitución funcional en relación con el caso *Intertanko*¹⁰⁰⁸. Específicamente, se requiere que la CE haya asumido todas las competencias anteriormente ejercidas por los Estados en un ámbito particular¹⁰⁰⁹.

El razonamiento del TPI ha sido criticado en cuanto a que acusa cierta debilidad, tanto desde el punto de vista del Derecho Internacional, como desde aquel concerniente al sistema jurídico comunitario. Ciertos autores¹⁰¹⁰, han señalado la dificultad de justificar la obligación de implementar las sanciones del CS por parte de la UE a través de las disposiciones convencionales empleadas por el TPI, toda vez que consideran aún más improbable el que pueda fundamentarse en una dudosa sustitución funcional. Desde esta óptica, se considera que el paradigma construido por el Tribunal implica una subordinación innecesaria de los principios comunitarios de DDHH a las resoluciones del CS. Se advierte, que considerar que las obligaciones de la UE para con la CNU manan directamente de aquellas de los Estados Miembros de la UE resulta equiparable a afirmar que esta última es una especie de agente común para dichos Estados, en vez de un sujeto de Derecho Internacional.

Por su parte, al emitir la sentencia *Kadi 2008*, el TJ confirmó los hallazgos del TPI sobre la base competencial de la CE para implementar las sanciones selectivas del CS, si bien por razones distintas. Para el tribunal de alzada, el TPI había concluido con gran acierto que los artículos 60 y 301 no resultaban aptos para imponer las sanciones objeto de la demanda en cuanto que, de su propio tenor, se desprendía que las medidas que se adopten utilizándolos como base deben de ser aplicadas contra terceros Estados. De esta forma, concluyó que el TPI había acertado al determinar que siendo que ninguna disposición del TCE contempla la adopción de medidas tales como las que se adoptaron mediante el reglamento impugnado, así como que estas carecían de un vínculo alguno con el régimen gobernante de un país tercero, se cumplía el primer requisito establecido por el artículo 308 TCE para su aplicación; a saber, el que ninguna otra disposición del tratado otorgue las competencias necesarias para adoptar el acto. No obstante, juzgó incorrecto el razonamiento del TPI de acuerdo con el cual, el artículo 308 TCE permitiría adoptar actos comunitarios que tiendan a la realización de los objetivos del

¹⁰⁰⁸ Intertanko y Otros, Asunto No. C-308/06, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia de 3 de junio de 2008.

¹⁰⁰⁹ Peter Hilpold, *Op. Cit.*, p. 160.

¹⁰¹⁰ Pasquale de Sena & Maria Chiara Vitucci, *Op. Cit.*, pp. 199.

tratado de la UE en materia de relaciones exteriores, entre los que figura la PESC. Aceptar tal premisa, iría en contra de la literalidad del artículo 308 TCE que exige que la acción prevista tenga relación con el mercado común, por una parte, y que pretenda lograr uno de los objetivos de la CE, por otra. De tal suerte, consideró que el empleo del artículo 308 TCE en el sentido interpretado por el TPI supondría una ampliación en el ámbito de competencias de la Comunidad más allá del marco general que resulta del conjunto de sus disposiciones¹⁰¹¹.

Para Luis Miguel Hinojosa¹⁰¹², el TJUE evitó pronunciarse con la debida profundidad sobre la competencia de la CE para aplicar las sanciones selectivas. No obstante, considera adecuada la forma en que el TPI resolvió la cuestión valiéndose de la teoría de la sustitución funcional. Sostiene, que, de forma paralela a las consideraciones relativas al derecho comunitario, el rol constitucional de la CNU en el derecho internacional brinda distintos argumentos para justificar la vinculación de la CE a dicho instrumento. Añade, que no es posible crear una OI que cuestione la posición jerárquica de la CNU en el orden jurídico internacional. Por dichas razones, considera correcta la conclusión del TPI de acuerdo a la cual, con base en el artículo 103 de la CNU, la CE se encuentra obligada a cumplir con las obligaciones dimanadas de dicho instrumento en cuanto a que ha asumido las competencias que para tales efectos solían ejercer los Estados. En lo particular, se juzga que, aunque técnicamente correcta, la interpretación empleada por el TPI no resulta la más adecuada para lidiar con casos de aplicación de sanciones selectivas en cuanto a que puede conducir a resultados manifiestamente injustos. Se considera, que, si se plantea la cuestión en términos de jerarquía, debe darse un peso adecuado al rango que ocupan los DDHH en el orden jurídico internacional. Por otro lado, aceptar la imposibilidad de presentar desafíos al orden jurídico de la CNU equivaldría a considerar que el CS puede reformarla de acuerdo a su discreción, lo cual, a la vez, implicaría una relativización excesiva del rol que juegan los Estados como Miembros de la Organización.

Por otro lado, aunque se concuerda con el profesor Hinojosa sobre el papel constitucional que desempeña la CNU en el ordenamiento jurídico internacional, se

¹⁰¹¹ Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia de 3 de septiembre de 2008, párr. 166-203.

¹⁰¹² Luis Miguel Hinojosa Martínez, "Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the Kadi Judgment", *International Organizations Law Review*, vol. 5, n° 2, 2008, pp. 339-341.

entiende que esta es una de varias instituciones jurídicas -si bien la más importante- que de manera conjunta están moldeando el proceso constituyente del Derecho Internacional. Dicho proceso, se encuentra todavía inacabado y carece de centralización, así como de directrices precisas para su consecución. De tal manera, asumir la incontestabilidad de las decisiones de un Órgano de la ONU, iría en contra de la visión imperante de dicho tratado como un instrumento viviente que, dicho sea de paso, ha permitido el empleo de las interpretaciones teleológicas sin las cuales sería imposible justificar las controvertidas decisiones del CS que hoy en día se encuentran bajo el escrutinio de las jurisdicciones regionales y locales. Como se ha señalado, una de las principales críticas en contra del movimiento constitucionalista internacional consiste en la afirmación de que no puede considerarse la emergencia de un orden constitucional debido a la ausencia de un poder constituyente en el plano internacional. Es mi opinión, que las sentencias a través de las cuales se desafían los actos del CS son precisamente actos constituyentes que, en virtud de las características de la sociedad internacional, ocurren en una variedad de foros y modalidades. Dichas acciones, desempeñan internacionalmente el rol que ejercería una asamblea constituyente en el plano doméstico. De esta forma, a través de las decisiones que anulan los actos de implementación de las decisiones del CS, los Estados no solo señalan la inconstitucionalidad de las mismas en relación con el propio sistema de la CNU, sino que, además, realizan un llamado a través de la revisión judicial expresiva para que los distintos actores internacionales reconsideren el lugar que deben ocupar los DDHH en el ordenamiento constitucional internacional emergente.

Tal y como señala la profesora Jessica Almqvist¹⁰¹³, la posición del TPI con respecto a la naturaleza de las obligaciones impuestas por el CS relativas a la aplicación de sanciones selectivas resulta crucial para entender el rechazo a las pretensiones de aquellos afectados por las sanciones en el espacio europeo. Apunta, que, en vez de concentrar sus esfuerzos en realizar una reflexión crítica sobre la incorporación de las listas del CS al sistema jurídico comunitario, el Tribunal se limitó a afirmar que el Consejo de la UE había actuado de manera correcta. Como resultado, enfocó su revisión en la legalidad de las propias resoluciones del CS, así como en el grado en que dichos instrumentos respetan los DDHH. Cabe recordar, que debido a que consideró que se encontraba actuando con base a competencias regladas, consideró que únicamente podía

¹⁰¹³ Jessica Almqvist, *Op. Cit.*, pp. 319-320.

revisar las resoluciones indirectamente a la luz del *jus cogens*. En consecuencia, no podría revisar los hechos ni la evidencia, así como tampoco podría valorar si las medidas aplicadas resultaban proporcionales y apropiadas para conseguir los objetivos perseguidos.

Por otra parte, se advierte que el razonamiento empleado por el TJ para la resolución de dicha cuestión tampoco resulta enteramente convincente. Se sugiere, que dicho tribunal actuó de forma equivalente a su similar de primera instancia al concordar con el argumento esgrimido por el Consejo de la UE en el sentido de que la aplicación de sanciones por parte de los Estados pudiera conducir a alteraciones indeseadas del mercado común. No obstante su similitud, las determinaciones de los tribunales sobre la base competencial de la CE para la implementación de sanciones arrojan efectos significativamente divergentes. Se observa, que la justificación basada en la sustitución funcional empleada por el TPI se basa en la premisa de que las resoluciones del CS carecen de un margen de apreciación que permita la modificación, incluso la revisión, de los actos comunitarios a través de los cuales se implementan. Por el contrario, el razonamiento empleado por el TJ parte de una visión totalmente distinta del rol que debe jugar la UE en cuanto a la aplicación de sanciones. Dicha visión, difiere sustancialmente en cuanto a la posición que guarda el ordenamiento jurídico comunitario con respecto a la CNU. De esta forma, mientras que para el TPI la competencia de la CE resultaba instrumental al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ONU, para el TJ, esta encontraba su justificación en la obligación de las instituciones comunitarias por salvaguardar su propio ordenamiento jurídico. De esta forma, las consideraciones realizadas por ambos tribunales sobre la base competencial europea para la aplicación de sanciones, resultaría determinante en la sustitución del enfoque deferencial inicialmente empleado por el TPI, por el enfoque cercano al desapego favorecido por el TJ. Como se verá a continuación, la concepción de los términos que deben regir la relación de cooperación en ONU y UE, resultaría fundamental para la posibilidad de la revisión judicial indirecta de las sanciones selectivas del CS.

Para algunos, el empleo de la teoría de la sustitución funcional por parte del TPI en *Kadi 2005* aporta un alto grado de sofisticación a la sentencia puesto que consideran que de esta se deduce un intento por parte del Tribunal por moderar, en la medida de lo posible, los intereses de las partes en conflicto. Bajo esta óptica, se considera que, al

tiempo en que mostró sensibilidad a los problemas de los demandantes, evidenció su intención de permanecer bajo el esquema afable al Derecho Internacional que ha caracterizado a la UE desde los inicios de su proceso de integración. Para el TPI, lograr tales objetivos implicaba la aceptación europea de la supremacía del derecho onusiano, así como la obligatoriedad de las resoluciones del CS. De tales supuestos, deriva una necesidad de realizar concesiones en materia de DDHH en aras de mantener la seguridad. Por estas razones, recurrió al uso de la figura del *jus cogens* con la intención de mostrar la debida consideración por el orden jurídico de la CNU y el grado de protección a los DDHH que debe guardarse en la UE¹⁰¹⁴. Por otro lado, hay quienes consideran que, con base a su proceder, el TPI repudió su rol como corte constitucional europea, pues en contra de la propia jurisprudencia del TJUE, omitió considerar la separación inextricable entre dos ordenamientos jurídicos distintos, asumiendo que las obligaciones derivadas de la ONU penetran en el ordenamiento comunitario de forma automática. Tal omisión, se hace patente precisamente con base a su elección del *jus cogens* como estándar de revisión. Al tomar dicha alternativa, no solo revisó un acto comunitario con base a una norma de referencia dimanada de otro ordenamiento jurídico; sino que, al aplicar dicho criterio a las resoluciones del CS, se aventuró a revisar un acto surgido en un sistema jurídico distinto¹⁰¹⁵.

De forma similar, la sentencia emitida en apelación por el TJ ha propiciado reacciones adversas. Para algunos, el Tribunal brindó una decisión de principios a través de la cual realizó una defensa contra el ataque exterior de ciertos principios fundamentales de índole constitucional en el ordenamiento jurídico comunitario. Como resultado, reforzó la separación de poderes en la UE, reafirmando la idea de que los actos realizados por una rama de gobierno estarán sujetos a la revisión por parte de otra¹⁰¹⁶. En contraste, la decisión ha sido férreamente criticada en cuanto que se considera que evidencia un alejamiento de la imagen que ostenta la UE como una entidad especialmente comprometida con el cumplimiento del Derecho Internacional. Desde esta perspectiva, se ha llegado a sugerir que el Tribunal empleó un enfoque robustamente pluralista por medio del cual, a través de un razonamiento chovinista y parroquial, ha socavado la relación para con el ordenamiento jurídico de la ONU, sin

¹⁰¹⁴ Peter Hilpold, *Op. Cit.*, 169.

¹⁰¹⁵ Jean d'Aspremont & Frédéric Dopagne, "Kadi: The ECJ's Reminder of the Elementary Divide Between Legal Orders", *International Organizations Law Review*, vol. 5, n° 2, 2008, p. 375.

¹⁰¹⁶ Deirdre Curtin & Christina Eckes, *Op. Cit.*, pp. 365-367.

tomar en cuenta el rol que la UE ha intentado construir para sí misma como una OI comprometida con el multilateralismo efectivo basado en el Derecho Internacional¹⁰¹⁷.

En lo particular, se estima que ambas sentencias poseen aspectos encomiables al tiempo en que acusan algunas deficiencias en el razonamiento empleado para su construcción. No obstante, se considera que la sentencia del TJ resulta en una decisión mucho más balanceada, así como en un necesario ejercicio de constitucionalismo reactivo desde el punto de vista del derecho interno; y, un acto constituyente realizado de abajo hacia arriba, contemplado desde la perspectiva del Derecho Internacional. Se observa, que el apego al sistema ONU mostrado por el TPI no solo resulta excesivo desde el punto de vista doméstico, en cuanto a que deriva en el socavamiento de los principios fundamentales del ordenamiento comunitario relativos a la protección de los DDHH; sino que, a la vez, puede juzgarse como innecesario desde el punto de vista del Derecho Internacional. Dicha postura, se confirmará a través de la comparación de los efectos que tuvieron ambas sentencias con respecto a la consideración de los DDHH en la implementación de las sanciones del CS, no solo en el orden comunitario, sino en el propio sistema ONU.

En *Kadi 2005*, el TPI ofreció dos perspectivas distintas para considerar la supremacía del ordenamiento jurídico de la ONU sobre el sistema comunitario. De acuerdo con su razonamiento, tanto el Derecho Internacional como ciertas previsiones específicas del TCE resultan en una obligación por medio de la cual, los Estados Miembros de la UE, deben dejar inaplicadas aquellas normas internas que pudieran contravenir sus obligaciones para con la CNU. Debe tomarse en cuenta, que, pese a su naturaleza eminentemente internacional, en oposición al sistema jurídico de Naciones Unidas, el ordenamiento comunitario se entiende como doméstico en cuanto a que es a través de dicho sistema que algunas de las obligaciones surgidas internacionalmente encuentran cabida en los sistemas jurídicos de los Miembros de la UE. Sobre este tema, cabe preguntarse sobre la motivación de la Corte para emplear una doble justificación a la primacía del orden internacional, siendo que, desde el punto de vista de la ONU, la referencia al artículo 307 del TCE resulta innecesaria. El empleo de dicha fórmula, suscita consideraciones con respecto a la verdadera naturaleza vinculante de la CNU con la UE, puesto que puede considerarse que la recurrencia al TCE es indicativa de su

¹⁰¹⁷ Gráinne de Búrca, *Op. Cit.*, pp. 1-4.

carácter voluntario. Con todo, queda claro que el TPI mostró disposición por afirmar la prevalencia del derecho dimanado de la CNU. Tal aserción, ha sido objeto de críticas tanto desde el punto de vista internacionalista, como desde aquel correspondiente al derecho comunitario¹⁰¹⁸.

Prima facie, la sentencia parece estar en total concordancia con el Derecho Internacional. En primer plano, otorga la debida consideración a la regla de primacía consagrada en el artículo 103 de la CNU, la cual, de forma general, se considera constitutiva de una primacía absoluta de las obligaciones dimanadas de dicho instrumento sobre cualquier otra derivada de otro acuerdo internacional, o bien de la propia CNU. En segundo lugar, por medio del empleo de la sustitución funcional, el Tribunal encontró un mecanismo para sobrepasar el obstáculo competencial consistente en la no adherencia de la UE a dicho instrumento. No obstante, un mayor escrutinio pudiera llevar a la conclusión de que el Derecho Internacional no exige el grado de deferencia evidenciado por el TPI. Con todo, el argumento de la sustitución funcional pudiera ser calificado de persuasivo, puesto que, al asumir la transferencia de obligaciones en virtud de los tratados comunitarios, ciertamente se previenen una serie de dificultades desde el punto de vista de la conformidad del derecho comunitario con el derecho internacional. Sin embargo, el Tribunal no explica de manera enteramente satisfactoria las implicaciones de considerar la primacía de las obligaciones derivadas de la CNU. Se advierte, que, aun dando por cierta dicha primacía, esta no necesariamente conlleva el impedimento de la revisión judicial a luz de las normas primarias del ordenamiento comunitario¹⁰¹⁹.

Sobre ese tema, se ha señalado que, al no ser parte de la CNU, la UE no está obligada a respetar la distribución interna de poderes de la ONU, particularmente la posición central que ocupa el CS en virtud del Capítulo VII. Incluso determinando la vinculación de la UE a la CNU, no puede considerarse que esto acarree una prohibición para el TJUE de revisar los actos que implementan las decisiones del CS. De tal manera, la frecuente alusión a la primacía consagrada en el artículo 103 de la CNU, no puede entenderse como un obstáculo para tales efectos, puesto que solo aborda la situación desde un punto de vista favorable a la ONU. Tal mecanismo, no está diseñado para

¹⁰¹⁸ Helmut Philipp Aust, *Op. Cit.*, p. 60.

¹⁰¹⁹ Piet Eeckhout, "Community Terrorism Listings, Fundamental Rights, and UN Security Council Resolutions. In Search of the Right Fit", *European Constitutional Law Review*, vol. 3, n° 2, 2007, 183-206.

resolver conflictos que manan de los propios ordenamientos jurídicos estatales, o bien de aquellos surgidos en los sistemas de las OI. Desde esta perspectiva, se encuentra criticable que el TPI haya claudicado ante la posición central del CS, puesto que resulta en una relativización de su rol como corte constitucional comunitaria, misma que conduce a la equiparación de su papel con aquel que estaría obligado a desempeñar un órgano perteneciente a las Naciones Unidas¹⁰²⁰.

Aun tomando en cuenta que el artículo 103 de la CNU resultara aplicable al caso en comento, no está del todo claro el como la revisión judicial a nivel comunitario de un reglamento por medio del cual se implementa una resolución del CS sería contraria a lo establecido en dicho precepto. Debe tomarse en cuenta, que, aún y cuando se hubiese anulado el reglamento impugnado, los Miembros de la UE hubieran dejado de estar vinculados únicamente por la medida comunitaria, más no así por las disposiciones del CS. Siendo que estos son entidades soberanas, no cabe suponer que la anulación del reglamento hubiese significado su impedimento para congelar los activos de aquellas personas sancionadas por la ONU¹⁰²¹. De esta forma, se juzga que el enfoque empleado por el TPI obedece a una percepción del CS como un organismo que emite decisiones ejecutivas a los Estados, o bien las organizaciones que los representan, sobre que personas deben de ser sancionadas o no. Tal paradigma, reduce a las autoridades políticas domésticas, o bien a las regionales, a una suerte de agentes del CS; privándolas de su carácter como sujetos autónomos de Derecho Internacional, titulares de sus propios derechos y obligaciones, con base a los cuales son capaces de decidir sobre la aplicación de sanciones. De tal manera, se considera que el Tribunal pudo haber empleado conceptos clásicos relativos a la trasposición para argumentar que la UE, en su carácter de tercera persona, no estaba directamente obligada a implementar las decisiones del CS. Asimismo, tomando en cuenta que las obligaciones de los Estados Miembros de la UE en materia de DDHH se encuentran firmemente establecidas, así como que sus respectivos ordenamientos no otorgan efecto directo a las resoluciones del CS, pudo haber cuestionado la trasposición misma de las listas de sanciones al propio ordenamiento comunitario, sobre la base de que su estatus y calidad legal no eran lo suficientemente claras. En este sentido, debió haber considerado que la Posición Común en la que aparecía el reglamento impugnado no cumplía con el requisito de la

¹⁰²⁰ Jean d'Aspremont & Frédéric Dopagne, *Op. Cit.*, pp. 375-376.

¹⁰²¹ Piet Eeckhout, *Op. Cit.*, pp. 191-192.

generalidad, de acuerdo con el cual, las leyes deben de ser formuladas impersonalmente, de forma tal que sean aplicables a grupos generales de personas y no a individuos específicos¹⁰²².

Por otro lado, los hallazgos del TPI concernientes a la relación entre ambos planos jurídicos resultan igualmente problemáticos cuando se analizan desde el punto de vista del derecho comunitario. En este caso, tomando en cuenta que este debe de ser considerado como un ordenamiento jurídico autónomo, distinto del internacional, debe considerársele como capaz de determinar su propia jerarquía normativa. Bajo esta premisa, es posible verificar que, de acuerdo a tal determinación, el sistema comunitario no ha colocado a la CNU en el pináculo de dicha jerarquía. Por el contrario, de acuerdo con la jerarquía generalmente aceptada en dicho sistema, los tratados fundacionales de la UE -incluyendo al CEDH- se encuentran en la cúspide de la pirámide normativa, ocupando el lugar de “ley suprema” dentro del territorio de la UE y sus Estados Miembros. Por debajo, es posible ubicar a aquellos acuerdos internacionales y decisiones de ciertas OI que se han convertido en parte integral del derecho comunitario. Seguidamente, se ubica el derecho propiamente comunitario en forma de reglamentos y directivas, debajo del cual se sitúan las constituciones de los Estados Miembros. De esta forma, aun aceptado que las resoluciones del CS son vinculantes para la UE, formando parte integral del sistema jurídico comunitario; no puede concluirse que éstas gocen de primacía frente a los tratados de dicha Organización. Por el contrario, de acuerdo a la jerarquía descrita, las decisiones del CS deberían de estar en concordancia con las normas que ocupan la más alta posición en el derecho comunitario. De tal manera, aunque el propio TJUE ha reconocido que la legislación secundaria de la UE debe de ser interpretada en la medida de lo posible acorde con las obligaciones internacionales de la Comunidad, esto no implica que las resoluciones del CS deban tener primacía frente a los tratados constitutivos de la UE, incluyendo al CEDH¹⁰²³.

Con base a la primacía determinada, el TPI consideró la ausencia de cualquier margen de interpretación por parte de las instituciones comunitarias al momento de implementar las resoluciones del CS. Consecuentemente, se mostró indispuerto a revisar los reglamentos impugnados, entendiendo que dicha acción constituiría una

¹⁰²² Jessica Almqvist, *Op. Cit.*, pp. 324-325.

¹⁰²³ Nikolaos Lavranos, *Op. Cit.*, pp. 11-12.

revisión indirecta de las decisiones del CS. En su opinión, la anulación de los reglamentos comunitarios hubiese implicado determinar que las resoluciones del CS eran violatorias de DDHH en sí mismas. Tal conclusión, difícilmente puede considerarse en concordancia con el principio que establece que todos los actos de las instituciones comunitarias están sujetos a control judicial en relación con los principios fundamentales del derecho comunitario. Asimismo, se aleja de la sentencia *Bosphorus*, asunto en el cual, si bien se trataba de la implementación de un régimen clásico de sanciones comprensivas, ni el Abogado General Jacobs, ni el TJUE, dudaron en examinar la vulneración del derecho de propiedad alegada por la empresa recurrente en relación con los DDHH consagrados como principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario¹⁰²⁴. Aunque el TJUE finalmente determinó la conformidad de las medidas aplicadas en *Bosphorus* con los principios fundamentales del ordenamiento comunitario, se abstuvo de revisar las sanciones a nivel internacional. Se advierte, que la diferencia principal entre ambos casos consiste en la apreciación de la existencia de un ligero margen de apreciación adyacente a las resoluciones del CS. Por un lado, la consideración de tal latitud permitió la revisión a la luz del derecho comunitario en *Bosphorus*, mientras que, por otro, considerar su inexistencia imposibilitó tal curso de acción para el TPI en *Kadi 2005*. De tal manera, el Tribunal extendió el alcance del artículo 307 del TCE en cuanto que dicha previsión únicamente sirve para posibilitar el cumplimiento de aquellas convenciones suscritas con anterioridad al TCE, y no para regular el cumplimiento posterior de los DDHH en la CE. De esta forma, se concluye que más que apegado al Derecho Internacional, el enfoque empleado por el Tribunal resulta excluyente del derecho comunitario¹⁰²⁵.

Seguidamente, tras considerar que los actos comunitarios que implementan las decisiones del CS deben permanecer ajenos al control constitucional con base en los tratados de la UE, el TPI afirmó su competencia para revisar tales decisiones a la luz del *jus cogens*. Tal curso de acción, resulta entendible considerando que, efectivamente, el CS se encuentra limitado por ciertos principios imperativos de Derecho Internacional, entre los cuales se encuentran la protección a los derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, aunque reconoció tales limitantes, consideró que no existía una vulneración al derecho imperativo, principalmente en función de dos argumentos.

¹⁰²⁴ Juan Santos Vara, *Op. Cit.*, p. 8.

¹⁰²⁵ Isabelle Ley, *Op. Cit.*, pp. 288-289.

Primero, señaló que los instrumentos internacionales en materia de DDHH prevén excepciones y limitaciones a los DDHH. En segundo lugar, consideró la posibilidad de los sancionados de dirigirse al Comité de Sanciones en todo momento para solicitar la revisión de su caso a través de su Estado de Nacionalidad o residencia. Dicho razonamiento, ha sido criticado en el sentido de que fue empleado a sabiendas de que no se encontraría una violación al *jus cogens*, así como por considerarse que un tribunal interno no puede arrogarse la competencia de determinar el *jus cogens*, en cuanto a que, al hacerlo, se estaría erigiendo como juez de la comunidad internacional¹⁰²⁶.

Habiendo considerando tanto la primacía de las resoluciones del CS en el ordenamiento europeo, así como la vinculación del Órgano a las normas imperativas del Derecho Internacional, el TPI considera su deber verificar la compatibilidad de las decisiones del Consejo con éstas últimas. Tal estrategia, pudiera llegar a considerarse como expansiva de la noción del *jus cogens*, en cuanto a que no puede considerarse que exista un consenso que reconozca el carácter imperativo de los DDHH. Por otra parte, si se piensa que el TPI entendió que los límites contenidos en los propósitos y principios de la CNU poseen un alcance superior al *jus cogens*, debe concluirse que no había razón para que su empleo se condicionase a las normas imperativas. En lo particular, aunque se juzga encomiable el que haya tratado de encontrar límites a los actos del CS, se considera que la vía elegida resulta inadecuada en al menos dos sentidos. Por una parte, pese a haber señalado lo contrario, el Tribunal revisa directamente la legalidad de las decisiones del CS al verificar su compatibilidad con las normas de *jus cogens*. En este sentido, el único aspecto indirecto de tal ejercicio es que, para realizarlo, tuvo que aproximarse a las resoluciones del Consejo a través de los actos comunitarios que las implementaron. Sobre este aspecto, se encuentra criticable el que se haya arrogado la competencia para tales efectos sin realizar un escrutinio profundamente adecuado, limitándose a reafirmar la legalidad de las resoluciones en base a un estándar que, de acuerdo con la visiones doctrinales y jurisprudenciales imperantes, era prácticamente imposible cumplir. Tal ejercicio, no solo privó a los demandantes de la posibilidad de armar un desafío efectivo contra las medidas, sino que, a la vez, atrajo la crítica de aquellos sectores que consideran debatible el que un tribunal interno posea jurisdicción para revisar los actos del CS a la luz del *jus cogens*. Tales deficiencias, pueden ser

¹⁰²⁶ Juan Santos Vara, *Op. Cit.*, p. 8-9.

claramente identificadas al contrastar algunos de los aspectos relativos a la sentencia *Kadi 2005* con aquellos respectivos a la decisión del propio TPI en el caso *OMPI*¹⁰²⁷.

9.2.2 OMPI: Bifurcación momentánea en la Protección de los Derechos Humanos dentro de la Unión Europea

Previo a la emisión de la sentencia *OMPI*, el enfoque de subordinación gentil empleado por el TPI en *Kadi 2005* sería emulado en la resolución de algunos de los casos que se han comentado en la primera sección de esta tercera parte. Con posterioridad, dicho esquema sería virtualmente reproducido por el propio TPI en la resolución de los casos subsecuentes de *Ayadi*¹⁰²⁸ y *Hassan*¹⁰²⁹. En dichos asuntos, la reglamentación comunitaria objeto de las demandas era esencialmente la misma que se impugnó en *Kadi I*. Del mismo modo, las violaciones alegadas por los demandantes eran básicamente idénticas a las que reclamaba el Sr. Kadi¹⁰³⁰. No obstante, las decisiones alcanzadas en dichos asuntos contienen cierta innovación en relación con la sentencia *Kadi 2005* en cuanto a que el TPI decretó la obligación por parte de los Miembros de la UE de actuar con diligencia para que los casos de aquellos afectados por su inclusión en la lista de sanciones centralizada se sometan sin retraso y de forma leal e imparcial ante el Comité de Sanciones para que este proceda a su revisión. De acuerdo con el Tribunal, el derecho a presentar dicha solicitud deriva no solo de las directrices publicadas por el Comité de Sanciones, sino también de una obligación por parte de los Miembros de la UE en virtud del artículo 6 del TUE¹⁰³¹. De esta forma, concluyó que los Estados no podían negarse a iniciar el procedimiento de remoción

¹⁰²⁷ Piet Eeckhout, *Op. Cit.*, pp. 194-197.

¹⁰²⁸ *Ayadi c. Consejo*, Asunto T-253/02, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Segunda Sala), Sentencia de 12 de julio de 2006.

¹⁰²⁹ *Hassan c. Consejo*, Asunto T-49/04, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Segunda Sala), Sentencia de 12 de julio de 2006.

¹⁰³⁰ Pasquale de Sena & Maria Chiara Vitucci, *Op. Cit.*, p. 197.

¹⁰³¹ El artículo 6 del TUE establece: 1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones. 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

diplomática previsto en las directivas del Comité de Sanciones sobre la base de que los afectados no estén en disposición de proporcionar información precisa y pertinente en apoyo de su solicitud, dado que, por su carácter confidencial, no les comunicaron los motivos concretos que justificaron su inclusión en la lista controvertida ni los elementos de prueba que respaldaban dichos motivos. Del mismo modo, advirtió sobre la posibilidad que tienen los afectados de interponer un recurso jurisdiccional, basado en el derecho interno del Estado del Gobierno requerido o incluso directamente en el reglamento impugnado y en las resoluciones pertinentes del CS que dicho reglamento aplica, contra la eventual decisión injustificada de la autoridad nacional competente de no someter su caso al Comité de Sanciones para su revisión, o con carácter más general, contra cualquier vulneración, por la citada autoridad nacional, del derecho de los afectados a solicitar la revisión de su caso¹⁰³².

De la interpretación aludida, se infiere que el TPI parece tener la intención de aminorar los efectos más negativos de *Kadi 2005*, al señalar la posibilidad de interponer un recurso contra la negación de un Estado para entablar el procedimiento diplomático de supresión. No obstante, dicha obligación no sirve para satisfacer las exigencias de la tutela judicial efectiva en el ordenamiento comunitario en cuanto a que la protección diplomática que eventualmente puedan ejercer los Estados Miembros, es un mecanismo totalmente distinto al control judicial que podrían ejercer el TJUE en relación con las medidas impugnadas¹⁰³³. Adicionalmente, se encuentra poco convincente el que el Tribunal haya intentado desarrollar un derecho a la protección diplomática basándose en previsiones que constituyen principios fundamentales del derecho comunitario. De acuerdo a su razonamiento, el artículo 6 del TUE, en conjunción con las tradiciones constitucionales de los Miembros de la UE, conduce a la obligación de iniciar el procedimiento de remoción ante el Comité de Sanciones. Aunque dicho procedimiento no puede considerarse como protección diplomática en *stricto sensu*, ciertamente se asemeja lo suficiente a dicha figura como para cuestionarse si su ejercicio no debería de ser, como en el caso de la protección diplomática clásica, una prerrogativa discrecional del Estado. En este contexto, cabe señalar que efectivamente, algunos Miembros de la UE consideran el ejercicio de la protección diplomática como una obligación. Con todo, la forma en que se planteó la cuestión, sugiere un cambio en la carga de proteger los

¹⁰³² Ayadi c. Consejo, Asunto T-253/02, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Segunda Sala), Sentencia de 12 de julio de 2006, párr. 144-150.

¹⁰³³ Juan Santos Vara, *Op. Cit.*, pp. 11-13.

DDHH fundamentales de los afectados hacia los Miembro de la UE. Tal enfoque, suscita cuestionamientos en cuanto que implica la obligación por parte de los Estados de subsanar las deficiencias de protección originadas primeramente en el plano internacional y reproducidas posteriormente en el plano comunitario. Dicha interpretación, resulta contradictoria puesto que, hasta ese momento, la jurisprudencia emitida por el Tribunal con respecto a la implementación del régimen 1267 se basaba enormemente en la presunción de que no existía margen de apreciación alguno para que la UE, o bien los propios Estados, implementasen las sanciones del CS. Pareciera ser, que, ante la ausencia de opciones judiciales viables, el Tribunal se esforzó por encontrar soluciones creativas para que los afectados pudieran gozar de la mayor protección jurídica posible, sin que hubiera necesidad de cuestionar la coherencia del régimen de sanciones de la ONU¹⁰³⁴.

Con posterioridad a la emisión de las sentencias *Ayadi* y *Hassan*, el CS realizaría las primeras modificaciones sustantivas al Régimen 1267 en materia de protección a los DDHH. De esta forma, a través de la resolución 1730 (2006), establecería el Punto Focal por medio del cual, aquellos afectados por las sanciones, podrían presentar solicitudes de remoción directamente ante dicho Organismo. Asimismo, emitió la resolución 1735 (2006), a través de la cual exigía a los Estados justificar adecuadamente sus propuestas de inclusión a la Lista Consolidada. No obstante, ninguno de estos mecanismos proporcionó la posibilidad de recurrir a un órgano imparcial e independiente, capaz de determinar objetivamente si la aplicación de las medidas se encontraba justificada ¹⁰³⁵. Al resolver el asunto *OMPI*, el TPI habría de recurrir nuevamente a su creatividad en aras de superar las dificultades estructurales que, de acuerdo a su concepción, devengaban en el ejercicio de competencias regladas por parte de la UE y sus Miembros, a fin de poder incrementar el grado de protección a los DDHH de forma tal que resultase más consecuente con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario.

La sentencia *OMPI*, deriva de la inclusión en la lista europea de sanciones de la *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran* (OMPI) en cumplimiento de lo establecido por la resolución 1373 (2001) del CS. Tras intentar lograr su remoción ante diversas instancias británicas, OMPI presentó su caso ante el TJUE. Mediante su

¹⁰³⁴ Helmutt Philipp Aust, *Op. Cit.*, pp. 64-67.

¹⁰³⁵ Juan Santos Vara, *Op. Cit.*, p. 13.

demanda, solicitaba la anulación de la posición común por medio de la cual se le había incluido en la lista de sanciones, así como la anulación de la Decisión del Consejo de la UE a través de la cual se le había aplicado el reglamento comunitario por medio del cual se habían adoptado medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo. Asimismo, alegó la vulneración de su derecho a la defensa, así como a su derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. Fiel a su jurisprudencia, el TPI se abstuvo de revisar la Posición Común impugnada, sobre la base de que, siendo que esta no era un acto del Consejo de la UE adoptado al amparo del TCE, sino un acto de este compuesto por los representantes de los Estados Miembros, celebrado al amparo del TUE, no se encontraba sometido al control judicial prescrito por el artículo 230 del TCE¹⁰³⁶. No obstante, considerando que se había vulnerado el derecho a la defensa de la demandante, anuló la decisión del Consejo de la UE por medio de la cual se le habían aplicado las sanciones.

A fin de llegar a tal conclusión, el TPI tendría que elaborar un curso de acción que, al tiempo en que procurase un grado mayor de protección que aquel logrado mediante la sentencia *Kadi 2005*, resultase consecuente con tal decisión. Siendo que en ambos asuntos las medidas impugnadas se habían adoptado conforme al mecanismo comunitario avalado en *Kadi 2005*, y, por tanto, presentaban consideraciones similares de hecho y derecho; basó su distinción en el origen mismo de las sanciones, es decir, en las resoluciones del CS. En *Kadi 2005*, el TPI declaró que las instituciones comunitarias no están obligadas a oír a los interesados en el contexto de la aplicación de sanciones derivadas del CS. En *OMPI*, observó que en dicho asunto se había llegado a esa solución debido a la circunstancia de que las instituciones comunitarias se habían limitado a trasponer al ordenamiento comunitario, tal y como estaban obligadas a hacer, las decisiones tanto del CS como del Comité de Sanciones. En tal escenario, las

¹⁰³⁶ El artículo 230 del TCE establece: El Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, de los actos del Consejo, de la Comisión y del BCE que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. A tal fin, será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del presente Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión. El Tribunal de Justicia será competente en las mismas condiciones para pronunciarse sobre los recursos interpuestos por el Tribunal de Cuentas y por el BCE con el fin de salvaguardar prerrogativas de éstos. Toda persona física o jurídica podrá interponer, en las mismas condiciones, recurso contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida o otra persona, le afecten directa e individualmente. Los recursos previstos en el presente artículo deberán interponerse en el plazo de dos meses a partir, según los casos, de la publicación del acto, de su notificación al recurrente o, a falta de ello, desde el día en que éste haya tenido conocimiento del mismo.

instituciones comunitarias carecían de facultad alguna para crear, en la fase de ejecución de dichas decisiones, algún mecanismo comunitario de examen o revisión de las situaciones individuales de los afectados. En contraste, consideró que, siendo que las medidas impugnadas en *OMPI* provenían de la implementación de la resolución 1373 (2001), podían revisarse judicialmente de acuerdo a lo prescrito por el artículo 230 del TCE. Según su razonamiento, aunque la resolución 1373 (2001) imponía a los Estados la obligación de congelar los activos de personas presuntamente involucradas en actos terroristas, finalmente, no determinaba individualmente a las personas, grupos o entidades a las que habrían de aplicarse las sanciones. Del mismo modo, observó que la resolución tampoco establecía normas jurídicas precisas relativas al procedimiento de congelación, toda vez que tampoco incluía alusión a las garantías o recursos jurisdiccionales a través de los cuales los afectados pudieran oponerse a las medidas establecidas en su contra por los Estados.

Por consiguiente, el TPI consideró que la designación de las personas, grupos y entidades contemplada en la resolución 1373 (2001), así como la adopción de las medidas de congelamiento que la acompañan, constituye el ejercicio de una facultad propia, que implica una apreciación discrecional de la UE. En consecuencia, afirmó que, en principio, el respeto al derecho a la defensa de los afectados debía imponerse a las instituciones comunitarias cuando actúan en cumplimiento de la citada resolución. Habiendo determinado la existencia de un margen de apreciación, el Tribunal encontró que, en el marco de la implementación de sanciones a través de la lista europea, el derecho a la defensa de los afectados implicaba la comunicación de las pruebas en información con base a las cuales se había determinado la inclusión. A fin de garantizar el efecto sorpresa pretendido por las sanciones, señaló que no resultaba imperioso el que se comunicara dicha información con anterioridad a la toma de la decisión inicial, no obstante a que señaló la necesidad de que la comunicación ocurriera de forma concomitante al acto de implementación, o bien, tan pronto como fuera posible después de la decisión primaria. Asimismo, señaló que el principio del derecho a la defensa requiere que dicha comunicación, así como la celebración de una audiencia por medio de la cual puedan manifestarse los afectados, ocurra de manera anterior a toda decisión subsiguiente sobre la congelación de fondos. Es decir, a todas aquellas decisiones mediante las cuales se extiendan o modifiquen las sanciones aplicadas.

De mismo modo, encontró que el cumplimiento de la obligación de motivación, consagrada como principio del orden comunitario, resulta todavía más importante en cuanto a que los afectados no gozan de un derecho de audiencia previo a la decisión inicial de congelación de fondos. Añadió, que la motivación del acto constituye la única garantía con que cuentan los afectados para utilizar oportunamente las vías de recurso a su alcance para impugnar la decisión. Loablemente, el Tribunal no admitió que la motivación pudiera resultar satisfecha a través de la redacción general y estereotipada, copiada de la Posición Común que dio origen al acto, como había pretendido alegar el Consejo de la UE. Por el contrario, especificó que ésta debe mencionar los elementos de hecho y derecho de los que depende la justificación legal de la decisión, así como las consideraciones que llevaron a adoptarla. Así, juzgó que no se había comunicado adecuadamente la información de inclusión a la parte demandante, incluso, al propio Tribunal. Consecuentemente, entendió que la falta de información devengaba en la ausencia de condiciones para ejercer un control de legalidad sobre la decisión impugnada. De esta forma, concluyó que la decisión impugnada no estaba motivada, así como que se había adoptado en el marco de un procedimiento en cuyo desarrollo no se había respetado el derecho a la defensa de la demandante. Finalmente, aunque la Posición Común impugnada permaneció inafectada tras la decisión del Tribunal, este terminó anulando la Decisión del Consejo de la UE por medio de la cual se habían aplicado las sanciones a OMPI.

A través de la sentencia *OMPI*, el TPI retoma su postura jurisprudencial previamente establecida en relación con la protección de los derechos fundamentales al anular por primera vez una decisión del Consejo de la UE tendiente a la congelación de fondos derivada de una resolución del CS. Subsecuentemente, la línea jurisprudencial iniciada en *OMPI* sería confirmada y desarrollada por el TPI en la resolución de los asuntos, *Stichting Al-Aqsa*¹⁰³⁷ y *Jose María Sisón*¹⁰³⁸ de 11 de julio de 2007 y *Kongra-Gel*¹⁰³⁹ y *Osman Ocalan*¹⁰⁴⁰ de tres de abril de 2008. No obstante, distinguiría claramente entre dichas sentencias y aquellas emitidas en relación a *Kadi* y a *Ayadi* y

¹⁰³⁷ *Stichting Al-Aqsa c. Consejo de la Unión Europea*, Asunto T-327/03, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Sala Segunda), Sentencia del 11 de julio de 2007.

¹⁰³⁸ *José María Sisón c. Consejo de la Unión Europea*, Asunto T-47/03, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Sala Segunda), Sentencia del 11 de julio de 2007.

¹⁰³⁹ *Kongra-Gel c. Consejo de la Unión Europea*, Asunto T/253/04, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Sala Séptima), Sentencia del 3 de abril de 2008.

¹⁰⁴⁰ *Osman Ocalan en nombre de Kurdistan's Worker Party (PKK) c. Consejo*, Asunto T-229/02, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Sala Séptima), Sentencia del 3 de abril de 2008.

Hassan; dejando claro que sus decisiones se basaron en la apreciación discrecional de las instituciones comunitarias, razón por la cual no había cambiado la postura expuesta en estos últimos asuntos. Así las cosas, *OMPI* pone de manifiesto que el control de legalidad en función de los DDHH protegidos por el derecho comunitario produce resultados totalmente disímiles de aquel realizado únicamente a la luz del *jus cogens*. De mismo modo, suscita consideraciones respecto a la idoneidad de justificar el nivel de protección de los individuos o entidades afectadas por las sanciones antiterroristas del CS en virtud del tipo de sanciones o del marco jurídico en que se han adoptado, o bien, del margen de discrecionalidad otorgado a los Estados por el CS¹⁰⁴¹.

Pese a haber sido calificada como una de las decisiones más importantes sobre el derecho de audiencia que han brindado los tribunales comunitarios, *OMPI* ha sido criticada no solo por establecer un grado de protección diverso con respecto a la implementación de sanciones antiterroristas basado en el origen de las sanciones, sino, además; porque pese a evidenciar una intención por asegurar la protección a los DDHH por parte del TPI, todavía, denota una actitud ambigua por parte de dicho órgano jurisdiccional con respecto a la posición que deben guardar las resoluciones del CS en el ordenamiento jurídico comunitario. En este sentido, se observa que al tiempo en que decididamente reiteraba la aplicación del derecho de audiencia, afirmaba que este se encuentra sujeto a restricciones comprensivas en función del interés primordial de mantener la seguridad pública. Tales restricciones, son aplicables a todos los aspectos del procedimiento, es decir: al tiempo en que se realiza la notificación de la evidencia, al tipo de evidencia que puede ser notificada, así como a la oportunidad de los afectados de presentar sus puntos de vista sobre la evidencia. Dichas limitantes, resultan entendibles puesto que, como correctamente señaló el Tribunal, son consistentes con las tradiciones constitucionales de los Miembros de la UE. Sin embargo, el TPI les concede un alcance excesivo puesto que incluye como base de su justificación, además de las preocupaciones en materia de seguridad, los intereses relativos a las relaciones internacionales que pudieran llegar a tener los Miembros o bien la propia UE. Tal

¹⁰⁴¹ Juan Santos Vara, *Op. Cit.*, pp. 14-17.

interpretación, pudiera derivar en una expansión aun mayor de la discreción que ostentan las autoridades políticas comunitarias al momento de decidir las sanciones¹⁰⁴².

De igual forma, aunque la Decisión a través de la cual se implementaron las sanciones fue anulada, esta, fue decidida con base a cuestiones meramente procedimentales. Así las cosas, pese a que la sentencia finalmente llevó al Consejo de la UE a mejorar sus procedimientos de forma tal que resultasen conformes con los requerimientos establecidos por el TPI, todavía, este último no fue capaz de realizar una revisión sustantiva de las medidas impugnadas. De tal manera, los afectados por la implementación de sanciones continuaban sin acceso a un recurso por medio del cual se pudiera valorar si su inclusión inicial en la lista había sido correcta, o, si, por el contrario, habían sido erróneamente enlistados. En consecuencia, aunque el Tribunal envió un mensaje importante a las instituciones comunitarias sobre el papel que debían jugar en la implementación de la resolución 1373 (2001), finalmente, el asunto crucial de la revisión sustantiva continuaba sin ser abordado¹⁰⁴³. Sin duda alguna, el punto más controvertido fue el resultado divergente en el grado de protección a raíz de la distinción en el margen de apreciación para implementar las sanciones derivado del origen de las mismas, o bien del plano jurídico ocupado por sus destinatarios.

Con todo, la distinción aludida dejaría de ser relevante para determinar la aplicación de estándares comunitarios de DDHH a la revisión tras la emisión de la sentencia *Kadi 2008* por parte del TJUE. Mediante tal decisión, se reafirmaría la autonomía del sistema jurídico comunitario, dando lugar al socavamiento del enfoque deferencial aplicado a la revisión de las decisiones del CS que hasta ese momento imperaba. No obstante, es preciso matizar el alcance de *Kadi 2008* desde el punto de vista del alcance de la revisión resultante. Se observa, que, en la resolución de dicho asunto, el TJ emularía el razonamiento del TPI en OMPI, haciéndolo extensivo a todos aquellos actos de implementación derivados de la aplicación de las sanciones selectivas del CS dispuestas por la resolución 1267 (1999). Por ende, la revisión devengada de *Kadi 2008*, reviste igualmente un carácter preponderantemente procesal, en cuanto que no es capaz de proporcionar una sentencia absolutoria, situación que ha resultado en nuevas

¹⁰⁴² Takis Tridimas & José A. Gutierrez-Fons, "EU Law, International Law, and Economic Sanctions Against Terrorism: The Judiciary in Distress?", *Fordham International Law Journal*, Vol. 32, No. 2, 2008, pp. 708-718.

¹⁰⁴³ Larissa Van Den Herik, "The Security Council's Targeted Sanctions Regimes: In Need of Better Protection for the Individual", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 20, No. 4, 2007, p. 803.

designaciones de las sanciones por parte de las autoridades europeas sobre las personas que han obtenido sentencias anulatorias de los autos internos de ejecución de las mismas.

Así las cosas, es posible detectar cierta ambigüedad con respecto a la posición de los tribunales nacionales y regionales, particularmente aquella sostenida por el TPI en relación con los asuntos *Kadi 2005* y *OMPI*. Tal indeterminación, se evidencia por medio de la conjunción entre la aparente imposibilidad de traspasar el velo institucional mediante el cual se suponen protegidas las resoluciones del CS frente cualquier escrutinio judicial, con la repentina relativización de dicha premisa frente a aquellas situaciones en donde el Órgano haya determinado la competencia de los EMNU para decidir por sí mismos los nombres de las personas y entidades a ser incluidas en las listas de sanciones. Aunque benéfica para cierto sector de los sancionados, la construcción referida resultó en la aplicación de estándares de protección significativamente distintos para personas que se encontraban en situaciones fáctica y jurídicamente asimilables. Es mi opinión, que tal ocurrencia puede calificarse como un absurdo jurídico en cuanto a que conduce al ensanchamiento de los vicios asociados con la falta de generalidad de las medidas adoptadas en cumplimiento de las resoluciones antiterroristas del CS, puesto que, al crear dos clases distintas de afectados con base a consideraciones procedimentales, se posibilita el surgimiento de consecuencias jurídicas distintas ante la consumación de supuestos virtualmente idénticos que surten efectos dentro del mismo sistema jurídico.

9.2.3 Kadi 2008: Entre la Afirmación Constitucional Europea y el Desapego a la ONU

Mediante sus pronunciamientos en *Kadi 2008*, el TJ emitió una sentencia en apelación a través de la cual terminó anulando tanto la sentencia recurrida como los reglamentos comunitarios impugnados. Para tales efectos, resultó crucial el análisis realizado por dicha autoridad acerca de la conclusión formulada por el TPI, de acuerdo a la cual, en esencia, se consideró que de los principios que regulan las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional creado por la ONU y el ordenamiento jurídico comunitario se deduce que el reglamento impugnado en *Kadi 2005*, por estar destinado a aplicar una resolución aprobada por el CS en virtud del capítulo VII de la CNU que no deja ningún margen de apreciación a estos efectos, no puede ser objeto de un control

jurisdiccional en cuanto a su legalidad interna, salvo en lo que respecta a su compatibilidad con las normas que forman parte del *jus cogens*, y disfruta, por este motivo, de inmunidad de jurisdicción. Previo al estudio de dicha cuestión, recordó que un acuerdo internacional no puede menoscabar el orden de competencias fijado por los Tratados de la CE ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario, cuyo respeto garantiza el TJ en virtud de la competencia exclusiva que le confiere el artículo 220 CE¹⁰⁴⁴, competencia que, por otra parte, el propio TJUE ha indicado ya que forma parte de las propias bases de la Comunidad¹⁰⁴⁵.

Haciendo eco de su propia jurisprudencia, el TJ recordó que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el TJUE. A este respecto, el Tribunal se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los DDHH en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. Seguidamente, señaló que su jurisprudencia muestra igualmente que el respeto de los DDHH constituye un requisito de legalidad de los actos comunitarios, razón por la que no pueden admitirse en la UE medidas incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales. De lo anterior, dedujo que las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional no pueden tener por efecto menoscabar los principios constitucionales del TCE, entre los que figura el principio según el cual todos los actos comunitarios deben respetar los derechos fundamentales, pues el respeto de esos derechos constituye un requisito de legalidad de dichos actos, cuyo control incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco del sistema completo de vías de recurso establecido por dicho Tratado¹⁰⁴⁶.

Asimismo, subrayó que, en un contexto como el del asunto *Kadi*, el control de legalidad que debe garantizar el juez comunitario recae en el acto comunitario destinado a aplicar el acuerdo internacional de que se trate, y no en este último como tal. Más

¹⁰⁴⁴ El artículo 220 del TCE establece: El Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia garantizarán, en el marco de sus respectivas competencias, el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado. Además, podrán agregarse al Tribunal de Primera Instancia, en las condiciones establecidas en el artículo 225 A, salas jurisdiccionales para que ejerzan, en determinados ámbitos específicos, competencias jurisdiccionales previstas en el presente Tratado.

¹⁰⁴⁵ *Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo*, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia de 3 de septiembre de 2008, párr. 280-282.

¹⁰⁴⁶ *Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo*, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 3 de septiembre de 2008, párr. 283-285.

concretamente, tratándose de un acto comunitario destinado a aplicar una resolución del CS aprobada en virtud del capítulo VII de la CNU -como el reglamento controvertido-, no corresponde al juez comunitario, en el marco de la competencia exclusiva que le confiere el artículo 220 CE, controlar la legalidad de la resolución aprobada por dicho órgano internacional, ni siquiera limitando su control al examen de la compatibilidad de tal resolución con el *jus cogens*. De acuerdo con el TJ, una eventual sentencia de un tribunal comunitario en la que se declarase que un acto comunitario destinado a aplicar una resolución de tales características viola una norma superior del ordenamiento jurídico europeo no implicaría poner en entredicho la primacía de dicha resolución en el ámbito del Derecho internacional¹⁰⁴⁷. Mediante tal afirmación, el TJ pretende dar la debida consideración no solo al respeto de las normas provenientes del sistema jurídico internacional, sino también a la posición fundamental que guarda la CNU para con dicho ordenamiento jurídico y, por ende, con respecto al sistema comunitario.

De tal manera, el TJ se ocupó de considerar que la implementación de las resoluciones del CS no puede significar el abandono de las competencias conferidas a la UE de modo tal que se excluya el control de legalidad interno de las medidas comunitarias a través de las cuales se materializan. No obstante, advirtió que, en el ejercicio de dichas competencias, la Unión debe actuar respetando el Derecho Internacional, circunscribiendo la interpretación de tales competencias, así como su ámbito de aplicación, a las normas pertinentes del Derecho Internacional. Inclusive, con respecto a la profesión de dichas competencias en el ámbito específico de los compromisos comunitarios asumidos en el marco de la ONU, particularmente en el ámbito de la paz y seguridad internacionales, identificó un deber por parte de la UE de conferir especial importancia, de acuerdo con el artículo 24 de la CNU, al hecho de que la aprobación de resoluciones del CS en virtud del Capítulo VII de dicho instrumento constituye el ejercicio de la responsabilidad primordial conferida a dicho Órgano internacional de mantener la paz y la seguridad a nivel mundial, responsabilidad que incluye, en el ámbito del Capítulo VII, la facultad de determinar lo que constituye una

¹⁰⁴⁷ Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 3 de septiembre de 2008, párr. 286-288.

amenaza contra la paz y la seguridad internacionales y la facultad de adoptar las medidas necesarias para mantenerlas o restablecerlas¹⁰⁴⁸.

Consecuentemente, el TJ determinó que en la elaboración de medidas tendientes a trasponer las decisiones del CS en virtud del Capítulo VII de la CNU, la UE deberá tomar en cuenta los términos y objetivos de las resoluciones pertinentes, así como las obligaciones de la CNU relevantes a la aplicación de tales resoluciones. Así las cosas, tras reafirmar la autoridad exclusiva del CS para determinar hechos constitutivos de amenazas a la paz y seguridad internacionales, el Tribunal se valió de lo dispuesto en la propia CNU para justificar la compatibilidad de la revisión judicial comunitaria con los actos derivados del sistema jurídico entablado por dicho instrumento. Seguidamente, puso de relieve el que la CNU no obliga a seguir un método determinado para la aplicación de las resoluciones aprobadas por el CS en virtud del Capítulo VII de dicha Carta, ya que dicha aplicación debe producirse conforme a la normativa aplicable al respecto en el ordenamiento jurídico interno de cada Miembro de la ONU. Para el TJ, la CNU permite en principio que los EMNU elijan libremente entre los diferentes métodos posibles de recepción de tales resoluciones en su ordenamiento jurídico interno. De lo anterior, resulta la conclusión del Tribunal en el sentido de que los principios que regulan el ordenamiento jurídico internacional creado por las Naciones Unidas no implican que resulte imposible proceder a un control jurisdiccional de la legalidad interna del reglamento controvertido desde el punto de vista de los derechos fundamentales por el hecho de que dicho reglamento esté destinado a aplicar una resolución del CS aprobada en virtud del capítulo VII de la CNU¹⁰⁴⁹.

Habiendo descartado la ilegalidad de revisar judicialmente los actos del implementación de las resoluciones del CS desde el punto de vista del sistema jurídico de la ONU, el TJ retomó la perspectiva comunitaria a fin de desmentir por completo la tesis de que un acto comunitario de la índole del reglamento controvertido disfruta de inmunidad de jurisdicción como corolario del principio de primacía en el ámbito del Derecho Internacional de las obligaciones derivadas de la CNU, y en particular de las obligaciones relativas a la aplicación de las resoluciones del CS aprobadas en virtud del

¹⁰⁴⁸ Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 3 de septiembre de 2008, párr. 290-294.

¹⁰⁴⁹ Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 3 de septiembre de 2008, Sentencia, párr. 296-299.

Capítulo VII de dicha Carta. Para tales efectos, señaló que, aunque ciertos artículos del TCE, particularmente el 307 y 297¹⁰⁵⁰, permiten ciertas excepciones, incluso al cumplimiento del derecho primario de la Unión, no cabe interpretar tales artículos en el sentido de que permitan establecer excepciones a los principios de libertad, democracia y respeto de los DDHH y de las libertades fundamentales, consagrados como bases de la Unión en el artículo 6 TUE, apartado 1. De esta forma, determinó que el artículo 307 TCE no podría permitir en ningún caso que se pusieran en entredicho los principios que constituyen las propias bases del ordenamiento jurídico comunitario, y entre ellos el de protección de los derechos fundamentales, que comprende el control de legalidad de los actos comunitarios por parte del juez comunitario en lo que respecta a su conformidad con los derechos fundamentales¹⁰⁵¹.

Del mismo modo, el Tribunal descartó la tesis de que la inmunidad de jurisdicción del reglamento controvertido en lo que respecta al control de su compatibilidad con los derechos fundamentales, inmunidad resultante de la pretendida primacía absoluta de las resoluciones del CS que dicho reglamento está destinado a aplicar, tampoco puede basarse en el puesto que las obligaciones derivadas de la CNU ocuparían en la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico comunitario, si tales obligaciones se clasificaran en esa jerarquía. Así, señaló que el artículo 300(7) TCE¹⁰⁵², dispone que los acuerdos celebrados en las condiciones mencionadas en dicho artículo serán vinculantes para las instituciones de la UE, así como para los Estados miembros. Según su razonamiento, en virtud de dicha disposición, si fuera aplicable a la CNU, esta última disfrutaría de primacía sobre los actos de derecho comunitario derivado. Sin embargo, dicha primacía no se extendería al derecho primario ni, en particular, a sus principios generales, entre los que figura el respeto de los derechos fundamentales. Asimismo, consideró reforzada

¹⁰⁵⁰ El artículo 297 TCE establece: Los Estados miembros se consultarán a fin de adoptar de común acuerdo las disposiciones necesarias para evitar que el funcionamiento del mercado común resulte afectado por las medidas que un Estado miembro pueda verse obligado a adoptar en caso de graves disturbios internos que alteren el orden público, en caso de guerra o de grave tensión internacional que constituya una amenaza de guerra, o para hacer frente a las obligaciones contraídas por el mismo para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.

¹⁰⁵¹ Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 3 de septiembre de 2008, párr. 300-304.

¹⁰⁵² El artículo 300(7) TCE establece: Los acuerdos celebrados en las condiciones mencionadas en el presente artículo serán vinculantes para las instituciones de la Comunidad, así como para los Estados miembros.

su interpretación con base a lo prescrito en el artículo 300(6) TCE¹⁰⁵³, según el cual un acuerdo internacional no puede entrar en vigor cuando el dictamen del Tribunal de Justicia sobre su compatibilidad con el Tratado CE sea negativo, a menos que dicho Tratado se modifique previamente¹⁰⁵⁴.

Adicionalmente, en el ámbito de la relación entre el plano jurídico onusiano y aquel relativo a la UE, el TJ abordó una cuestión más con miras a modificar, incluso, a eliminar, el enfoque deferencial que hasta ese momento habían mostrado los diversos tribunales europeos y comunitarios. De tal manera, refutó el argumento relativo a que, debido a que el TEDH había declinado ejercer su jurisdicción en asuntos concernientes a la implementación de las resoluciones del CS, el TJ debería de seguir una línea similar. Para tales efectos, retomó las consideraciones concernientes a la atribución de conducta realizadas por el Tribunal de Estrasburgo en la emisión de la sentencia sobre el asunto *Behrami/Saramati*. En este sentido, recordó que dicha autoridad se había considerado incompetente *ratione personae* para conocer de aquellos asuntos en que los actos controvertidos fuesen directamente imputables a la ONU. No obstante, advirtió que de los considerandos contenidos en la sentencia *Bosphorus* puede inferirse que el TEDH se considera competente para revisar actos que, pese a tener su origen en una resolución del CS, podían ser atribuidos directamente a los Estados en cuanto a que habían sido cometidos en su territorio, en cumplimiento de un acto dictado por alguna de sus autoridades nacionales. Para el TJ, siendo que el reglamento impugnado en *Kadi* derivaba del ejercicio de facultades legítimamente delegadas por el CS -al Comité de Sanciones como organismo subsidiario del CS y a los EMNU como agentes de implementación-, su adopción no podía ser directamente atribuible a la ONU¹⁰⁵⁵. Bajo esta premisa, la revisión del reglamento impugnado no representa una divergencia entre la jurisprudencia del TJ y aquella del TEDH.

¹⁰⁵³ El artículo 300(6) TCE establece: El Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de cualquier acuerdo previsto con las disposiciones del presente Tratado. Cuando el dictamen del Tribunal de Justicia sea negativo, el acuerdo sólo podrá entrar en vigor en las condiciones establecidas en el artículo 48 del Tratado de la Unión Europea.

¹⁰⁵⁴ *Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo*, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 3 de septiembre de 2008, párr. 305-309.

¹⁰⁵⁵ *Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo*, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 3 de septiembre de 2008, párr. 310-314.

Inclusive, a manera de disipar cualquier duda sobre una posible obligación de mostrar deferencia ante las obligaciones derivadas de la CNU, el TJ recordó que el control de la validez de todo acto comunitario desde el punto de vista de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia debe considerarse la expresión, en una comunidad de Derecho, de una garantía constitucional derivada del TCE como sistema jurídico autónomo y que no puede ser menoscabada por un acuerdo internacional. Seguidamente, realizó una última consideración tendiente a refutar el argumento esgrimido en el sentido de que habida cuenta de la deferencia que las instituciones comunitarias deben mostrar a las instituciones de la ONU, el TJ debería renunciar a controlar la legalidad del reglamento controvertido desde el punto de vista de los derechos fundamentales, aunque dicho control fuera posible, dado que en el régimen de sanciones establecido por la ONU los derechos fundamentales reciben una protección suficiente, en especial gracias a la existencia del procedimiento de revisión, que varias resoluciones recientes del CS habían mejorado significativamente. Sobre este punto, señaló que, aunque efectivamente el régimen de medidas restrictivas establecido por la ONU había sido modificado por varias resoluciones recientes del CS, tanto en lo que respecta a la inclusión en la lista consolidada como a la supresión de nombres de dicha lista¹⁰⁵⁶, tales modificaciones se habían producido después de adoptado el reglamento controvertido, de modo que, en principio, no podían tenerse en cuenta en los procedimientos de casación.

No obstante, a través de lo que se considera un ejemplo del ejercicio de la revisión judicial expresiva, el TJ advirtió que, en cualquier caso, el hecho de que en el régimen de la ONU existiera un procedimiento de revisión ante el Comité de Sanciones no podía llevar aparejada una inmunidad de jurisdicción generalizada en el ámbito del ordenamiento jurídico interno de la Comunidad, ni siquiera teniendo en cuenta las recientes modificaciones de dicho procedimiento. Agregó, que dicha inmunidad, que supondría una excepción importante al régimen de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales establecido por el TCE, carece de justificación desde el momento en que resulta evidente que el mencionado procedimiento de revisión no ofrece las garantías de una tutela judicial. De tal suerte, se consideró obligado hacer constar que, aunque en aquel momento toda persona o entidad tenía la posibilidad de

¹⁰⁵⁶ Refiriéndose específicamente a las resoluciones 1730 (2006), de 19 de diciembre de 2006, y 1735 (2006), de 22 de diciembre de 2006.

dirigirse directamente al Comité de Sanciones presentando su solicitud de exclusión de la lista consolidada al denominado «punto focal», el procedimiento ante dicho Comité seguía siendo esencialmente de naturaleza diplomática e interestatal, pues las personas o entidades afectadas no tenían una auténtica posibilidad de defender sus derechos y el Comité adoptaba sus decisiones por consenso, disponiendo todos sus miembros de un derecho de veto¹⁰⁵⁷. De esta forma, considerando que el TPI había errado en Derecho al dictar su sentencia, así como la imposibilidad de mostrar deferencia ante un procedimiento sustancialmente insuficiente en materia de protección a los DDHH, el TJ procedió a anular la sentencia dictada en primera instancia.

La línea de argumentación seguida por el TJ en *Kadi 2008*, ha sido objeto de fuertes críticas en el sentido de que dicho Tribunal realizó una reafirmación excesiva de la autonomía del sistema jurídico europeo¹⁰⁵⁸. Desde esta óptica, se considera que, a partir del empleo de un enfoque dualista, incluso, robustamente pluralista, el TJ termina asumiendo una postura aislacionista, que no guarda la debida consideración para el Derecho Internacional, particularmente para el rol primordial que desempeña la ONU en dicho sistema¹⁰⁵⁹. Específicamente, se encuentra inquietante que el TJ haya omitido pronunciarse sobre el artículo 103 de la CNU, posiblemente en un intento por ignorar las consecuencias que dicha previsión podría tener en la constitución de un ordenamiento jurídico internacional específico como la UE¹⁰⁶⁰. Por el contrario, en vez de considerar la relación entre ambos sistemas jurídicos desde el plano internacional, parecería que el TJ pretendió informar a la ONU sobre la posibilidad de acomodar su acto de “resistencia constitucional”, es decir, su particular juicio sobre la protección regional de los DDHH. De esta forma, al interpretar generosamente la CNU, de forma tal que permita la clase de revisión judicial emprendida por el Tribunal, este, envió un gentil, pero claro mensaje a la ONU, por medio del cual sugiere que corresponde a la

¹⁰⁵⁷ *Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo*, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 3 de septiembre de 2008, párr. 310-314.

¹⁰⁵⁸ Luis Miguel Hinojosa Martínez, “Bad Law of Good Reasons: The Contradictions of the Kadi Judgment”, *Op. Cit.*, pp. 342-344.

¹⁰⁵⁹ Gráinne de Búrca, *Op. Cit.*, pp. 29-30.

¹⁰⁶⁰ Luis Miguel Hinojosa Martínez, “Bad Law of Good Reasons: The Contradictions of the Kadi Judgment”, *Op. Cit.*, pp. 342-344.

Organización aceptar dicha interpretación de su carta fundacional y dar paso a la protección de los DDHH por parte del TJUE¹⁰⁶¹.

Peter Hilpold razona que, aunque aparentemente dualista, el enfoque empleado por el TJUE resulta en una suerte de monismo moderado en donde la norma a seguir, por lo menos en el ámbito de los DDHH, es la europea y no la internacional. Tal aproximación, resulta ilustrativa del deseo de la UE por expandir sus propios valores encarnados en los DDHH. Para el citado autor, el TJ perdió una valiosa oportunidad para obtener el mismo resultado utilizando una argumentación de corte internacionalista. De esta forma, tomando en cuenta que la protección de los DDHH no es exclusiva del sistema comunitario, así como que los valores que este persigue se encuentran igualmente protegidos por la DUDDHH; pudo haber construido un fuerte argumento sobre la base de que tales previsiones, resultan aplicables no solo a las instituciones comunitarias, sino al propio CS¹⁰⁶². Por su parte, Halberstam y Stein, sostienen que el TJ no realizaba una invitación al dialogo en los términos del principio *Solange*, sino que más bien enviaba un ultimátum a través del cual, insistía en imponer la visión europea relativa a la protección de los DDHH. Opinan, que el TJ fracasó en fomentar una mayor apertura para que ambos sistemas jurídicos involucrados sostuvieran un dialogo profundo sobre cuestiones propiamente internacionales de DDHH. Para tales efectos, consideran que pudo haber empleado el Derecho Internacional para juzgar indirectamente la legalidad de las medidas de implementación comunitaria, como un asunto puramente comunitario; por medio de referencias a la CNU, de consideraciones sustantivas respecto al *jus cogens*, así como al derecho consuetudinario internacional de los DDHH¹⁰⁶³.

Como se recordará, hubo una época en que los DDHH ocupaban un estatus secundario dentro de la UE. Entonces, aunque a menudo se señalaba la concordancia entre estos y el derecho europeo, este último no confería a los primeros carácter orgánico, de forma tal que pudiesen ser empleados como directrices a los actos de los órganos de la Unión, o bien como base para la revisión judicial. Ante un conflicto normativo, los tribunales domésticos debían elegir entre negarse a aplicar el derecho de

¹⁰⁶¹ Daniel Halberstam & Eric Stein, "The United Nations, The European Union, and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order", *Common Market Law Review*, Vol. 46, 2009, pp. 63-64.

¹⁰⁶² Peter Hilpold, *Op. Cit.*, pp. 163-165.

¹⁰⁶³ Daniel Halberstam & Eric Stein, *Op. Cit.*, pp. 63-64.

la Unión, o, desatender la protección de las libertades fundamentales consagradas en sus constituciones nacionales. Tal situación, cambiaría drásticamente en relación a un juicio devengado con motivo de un reglamento por medio del cual se había concedido a la compañía alemana *Internationale Handelsgesellschaft*, una licencia para exportar maíz bajo la condición de que entregase un depósito, mismo que sería perdido por la compañía en caso de que no exportase el maíz en el periodo de tiempo establecido por la licencia. Tras incumplir dicho periodo y, por tanto, perder el depósito que había realizado, la compañía entabló una acción en contra del reglamento impugnado ante una corte administrativa de Frankfurt. Considerando que el reglamento violaba los principios de libre comercio establecidos en la constitución alemana, la corte solicitó al TJUE que se pronunciase sobre su validez. Aunque finalmente decidió que en dicho caso no habían existido violaciones a la libertad del comercio, el TJUE determinó que los DDHH forman parte integral del derecho de la UE. Ante la decisión adversa, *Internationale Handelsgesellschaft* presentó su caso ante la Corte Constitucional Alemana¹⁰⁶⁴.

Mediante un juicio paradigmático que llegaría a ser conocido como *Solange I*¹⁰⁶⁵, la Corte Constitucional Alemana notó, que, en aquel momento, no existía un catálogo de DDHH propiamente establecido en la UE, así como que el Parlamento Europeo carecía de los poderes legislativos necesarios para el establecimiento de dicho inventario. De acuerdo a la visión de la corte, tal situación prevenía cualquier valoración tendiente a determinar si la protección de los DDHH en la UE era similar a aquella garantizada por el derecho primario alemán. De tal manera, decidió que en caso de conflicto entre el derecho europeo y los DDHH reconocidos por el derecho básico alemán, sería este último el que gozaría de primacía en su aplicación. A través de su desafío al ordenamiento jurídico europeo, la Corte Constitucional Alemana permitió la apertura de un dialogo, mismo que a la larga ha demostrado ser fundamental para la composición actual del sistema jurídico comunitario, así como para el lugar preponderante que en este ocupan los DDHH. *Solange I*, implicaba que, si la UE desarrollaba una doctrina fundamental propia sobre los DDHH a través de la cual se implementasen controles de legalidad del mismo rigor que aquellos establecidos en Alemania, entonces, por lo

¹⁰⁶⁴ Damian Chalmers, *et. al.*, “European Union Law”, (Nueva York: Cambridge University Press, 2010), pp. 233-234.

¹⁰⁶⁵ *Internationale Handelsgesellschaft v Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel* [1974] 2 CMLR 540.

menos teóricamente, cesarían de existir los conflictos entre ambos planos normativos puesto que, una vez que la Unión estableciera sus propios mecanismos de control, estos dejarían de suscitarse. De tal suerte, pese a que todavía no se había establecido un catálogo de DDHH en la UE, doce años después, en 1986, la Corte Constitucional Alemana consideró que el TJUE había alcanzado un nivel de protección que sustancialmente coincidía con aquel reconocido por el derecho primario alemán. Consecuentemente, a través de la sentencia conocida como *Solange II*¹⁰⁶⁶, decidió que, mientras que tal situación continuase, se abstendría de revisar actos específicos de la Unión a la luz de los DDHH¹⁰⁶⁷.

En lo particular, aunque se coincide con las posturas de acuerdo a las cuales la línea de argumentación idónea a seguir por el TJ hubiese sido la revisión de los actos comunitarios a la luz del Derecho Internacional, se encuentra necesario expresar ciertas reservas tocantes a dicha alternativa. Idealmente, el TJ, habiendo ya desacreditado al sistema de sanciones como un sistema violatorio de DDHH, pudo haber dado un paso más hacia adelante y aventurarse a criticarlo de una forma consistente con la jerarquía normativa internacional. A este respecto, es preciso señalar, que existe un sector de la doctrina que considera que el derecho a un juicio justo forma ya parte del catálogo de normas imperativas del DDHH. De esta forma, interpretando que siendo que las medidas de congelamiento aplicadas a al Sr. Kadi habían dejado de ser interinas puesto que en el momento del desahogo de la apelación tenían más de ocho años en vigor, el TJ pudo haber considerado que tenían carácter de acusación penal, y, por consiguiente, que se encontraban en violación de una norma imperativa de Derecho Internacional, a saber, el derecho a un juicio justo. Sobra decir, que una decisión en ese sentido hubiese provocado una sacudida en el seno de la ONU¹⁰⁶⁸. No obstante, existen argumento más allá de lo político que obligan a considerar que, en términos prácticos, el empleo de estándares europeos resultaba más adecuado para la resolución del asunto, así como para las pretensiones del TJ, que una aproximación internacionalista. Partiendo de estos,

¹⁰⁶⁶ Damian Chalmers, *et. al.*, *Op. Cit.*, pp. 234-235.

¹⁰⁶⁷ Decisión de la Bundesverfassungsgericht de 22 de octubre 1986, *Wünsche Handelsgesellschaft (Solange II)* [1987] 3 CMLR 225.

¹⁰⁶⁸ Luis Miguel Hinojosa Martínez, “Bad Law of Good Reasons: The Contradictions of the Kadi Judgment”, *Op. Cit.*, pp. 350-351.

resulta posible comprobar que las críticas en torno a *Kadi 2008*, en el sentido de que constituye una decisión aislacionista, resultan un tanto exageradas¹⁰⁶⁹.

Sobre este tema, es preciso señalar que, en lo particular, se considera que efectivamente, existen elementos para considerar seriamente que el derecho a un juicio justo ha sido elevado ya a la categoría de norma imperativa de Derecho Internacional. Asimismo, se considera que, pese a las constantes reiteraciones de los organismos

¹⁰⁶⁹ La visión del TJUE como tribunal respetuoso y comprometido con el desarrollo del Derecho Internacional ha sido puesta en tela de juicio en más de una ocasión. A través de un artículo de reciente publicación [Eva Kassoti, “The Front Polisario v. Council Case: The General Court, Völkerrechtsfreundlichkeit and the External Aspect of European Integration (First Part)”, *European Papers*, 23 de marzo de 2017, pp. 1-18, disponible en <http://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/the-front-polisario-v-council-case-general-court-and-volkerrechtsfreundlichkeit>] Eva Kassoti realiza un crítica de la sentencia emitida por el TG en relación con el caso Frente Polisario c. Consejo [Frente Polisario c. Consejo, Asunto T-512/12, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Octava), Sentencia del 10 de diciembre de 2015]. En dicho asunto, el Frente Polisario, movimiento de liberación nacional representante del Pueblo Saharaui, presentó una demanda solicitando la anulación de una Decisión del Consejo de la UE por medio la cual, se concluyó un acuerdo comercial entre la UE y Marruecos que aplicaba *de facto* al territorio del Sahara Occidental. Particularmente, el Frente Polisario fundamentó su demanda sobre la base de que era contraria al derecho de la UE, así como violatoria del Derecho Internacional vinculante a dicha Organización, específicamente al derecho de libre determinación de los pueblos y al principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales. El TG consideró que el frente Polisario tenía *ius standi* y que el acuerdo efectivamente resultaba aplicable al territorio del Sahara Occidental. Para el TG, la omisión del Consejo de la UE por verificar si se estaba llevando a cabo una explotación de los recursos naturales contenidos en dicha región en detrimento del Pueblo Saharaui, pudiera implicar que la UE estuviese indirectamente fomentando una situación de dicha índole. De tal suerte, estimando que el Consejo de la UE no había examinado adecuadamente los hechos del caso antes de emitir su Decisión, terminó por anular dicho instrumento. La citada autora, reprocha al TG la omisión de considerar la personalidad del Frente Polisario de acuerdo con el Derecho Internacional. En este sentido, el TG determinó que dicha entidad gozaba de capacidad para interponer la demanda en virtud del párrafo 4 del artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la UE [*Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones previstas en los párrafos primero y segundo, contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución*] sin considerar su posible subjetividad internacional como representante de un pueblo pendiente de ejercer su derecho de libre determinación. En la misma línea, Kassoti critica la calificación errónea del territorio del Sahara Occidental por parte del TG como “un territorio en disputa”, señalando que la CIJ lo consideró como un territorio no autónomo a través de su Opinión Consultiva sobre el Sahara Occidental [Opinión Consultiva sobre Sahara Occidental de la CIJ de fecha 16 de octubre de 1975], así como el hecho de que está incluido en Lista de Territorios no Autónomos de la ONU desde 1963. Finalmente, advierte que, en virtud de dicha calificación, el TG no pudo considerar adecuadamente la cuestión de si era posible atribuir ciertas obligaciones internacionales a la UE en su carácter de tercera persona -como la obligación de no reconocimiento-, como resultado de la violación al derecho de libre determinación del Pueblo Saharaui por parte de Marruecos. Por estas razones, la citada autora considera que la reticencia del TG para abordar el Derecho Internacional, contrasta con la noción de la UE como una Organización fundada sobre las nociones de legalidad y cooperación internacional. No obstante, cabe mencionar que el TJ anuló la decisión comentada al emitir sentencia en casación de fecha 21 de diciembre de 2016 [Consejo c. Frente Polisario, asunto C-104/16 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 21 de diciembre de 2016]. Paradójicamente, tras considerar exhaustivamente el derecho a la libre determinación del Pueblo Saharaui, y reconocer el carácter de territorio autónomo del Sahara Occidental; el TJ determinó, habiendo examinado el acuerdo comercial en virtud de las reglas contenidas en la Convención de Viena, que el TG había incurrido en un error al declarar que el acuerdo comercial debía interpretarse en el sentido de que aplicaba jurídicamente al territorio del Sahara Occidental. En consecuencia, anuló la sentencia recurrida al tiempo en que resolvió que el Frente Polisario no se encontraba legitimado para solicitar la anulación de la Decisión del Consejo de la UE impugnada en primera instancia.

subsidiarios creados por el CS, así como aquellas realizadas por el propio Consejo, las medidas de congelación derivadas de los regímenes de sanciones antiterroristas pudieran ser, debido a su severidad y duración prolongadas, equiparables a acusaciones, o incluso a condenas penales. No obstante, la parsimoniosa incursión de los DDHH en la jurisprudencia relativa a la implementación de las resoluciones del CS de los tribunales comunitarios, el TEDH y las cortes locales de los Estados; así como la reticencia inicial mostrada por dichas entidades para si quiera considerar revisar indirectamente las decisiones del CS, sugieren cierta mesura al momento de considerar la posibilidad de una ocurrencia de tal naturaleza. De esta forma, es preciso tomar en cuenta que existen ciertas dificultades conceptuales y prácticas que complican en demasía el empleo del *jus cogens* como estándar de valoración para posibles violaciones a los DDHH. Tales cuestiones, serán abordadas con la debida profundidad en el apartado inmediatamente posterior al presente, con miras a reafirmar que el empleo del *jus cogens* como estándar de protección a los DDHH conduce a una defensa significativamente inferior a aquella que resulta de una aproximación basada en los principios del ordenamiento comunitario. Por ahora, nos interesa realizar un breve apunte a manera de ilustrar por qué la negativa del TJ para realizar un juicio a la luz del *jus cogens* pudiera ser considerada como el curso de acción más adecuado.

Durante una conferencia celebrada en Berlín en el año 2006, Erika de Wet¹⁰⁷⁰, advertía sobre los riesgos de expandir el concepto de *jus cogens* hacia los DDHH. Tomando en cuenta una posible fragmentación jurisdiccional, De Wet encontraba justificado el ejercicio de una jurisdicción descentralizada siempre y cuando permaneciese la ausencia de un mecanismo de control de legalidad adecuado a nivel Naciones Unidas. No obstante, señalaba que el concepto de *jus cogens* surgió como principio de Derecho Internacional a raíz de su inclusión en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁰⁷¹. Aleccionaba, que dicho instrumento no existía al momento de la adopción de la CNU y, que, además, resultaba aplicable solo a convenciones internacionales, no así a actos administrativos. Sin

¹⁰⁷⁰ Erika de Wet & André Nollkaemper, “Review of Security Council Decisions by National Courts”, *Op. Cit.*, pp. 181-184.

¹⁰⁷¹ El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece: Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

embargo, se declaró partidaria de una interpretación evolutiva de la CNU a través de la cual, puede inferirse una vinculación del CS a las normas de *jus cogens* por medio de los propósitos y principios de la Organización consagrados en el artículo 24(2) de la CNU. Incluso, dicha obligación puede ser considerada hoy día como derecho consuetudinario. Con todo, advirtió que esta solo comprende normas básicas como la prohibición de la tortura, el genocidio y la esclavitud. Basándose en dicha premisa, se pronunció en contra de la expansión del *jus cogens* hacia los DDHH en cuanto a que implicaría el debilitamiento del estatus relativo a las normas “simples” del Derecho Internacional.

De tal manera, siendo que el determinar que las medidas comunitarias violaban normas imperativas de Derecho Internacional hubiese equiparado a sostener que los regímenes de sanciones antiterroristas del CS eran en sí mismo violatorios de Derecho Internacional; el TPI hubiese tenido que dar un salto conceptual gigantesco a fin de sortear no solo los obstáculos políticos que esto hubiese representado, sino también las barreras estructurales que significaría modificar la visión mayormente aceptada sobre las normas de *jus cogens* de acuerdo a la cual, por el momento, únicamente un reducido número de normas básicas han alcanzado ese estatus. Es mi opinión, que una decisión confirmando la incompatibilidad de los actos del CS con las normas de más alta jerarquía para la comunidad internacional, lejos de fomentar un dialogo, hubiese significado una confrontación directa que la UE, como sujeto especialmente comprometido con el cumplimiento y desarrollo del Derecho Internacional, ciertamente querría evitar. Por el contrario, al basar su razonamiento en la separación inextricable de los diversos ordenamientos jurídicos, el TJ mantuvo abierta la posibilidad de un repliegue europeo una vez que se subsanasen las deficiencias respectivas a las garantías procesales de los sancionados. De esta forma, se entiende que la avenida elegida por el TJ, resulta en un mayor beneficio para la protección a los DDHH que aquel que se hubiera podido lograr antagonizando drásticamente a la estructura antiterrorista erigida por el CS.

En este contexto, no puede obviarse que, por lo menos en parte, la anulación de la sentencia *Kadi 2005* obedece a las múltiples críticas suscitadas en torno a la argumentación empleada por el TPI, así como a la manifiesta desprotección a los DDHH que resultó de su aplicación. De igual modo, decisiones como la del TEDH en *Behrami/Saramati*, o bien como *Al-Jedda* ante la Cámara de los Lores, fueron

reprochadas por un amplio sector de la doctrina debido a su actitud deferencial hacia el CS en perjuicio de la protección a los DDHH. Desde esta óptica, se considera que dichos tribunales pudieron haber realizado una valoración más adecuada entre los objetivos perseguidos por el CS y los DDHH en juego. Dicha valoración, tendría que ir más allá de aquella realizada por el TPI a la luz de algunas cuantas normas relevantes de *jus cogens*, y sustentarse tanto en los estándares de derechos fundamentales plenamente reconocidos en el sistema ONU, como en los principios relevantes del ordenamiento comunitario y del CEDH. De tal manera, se considera que al realizar una valoración en la que se concede una primacía cuasi absoluta a los objetivos perseguidos por Naciones Unidas, tanto el TEDH, como el TPI, rindieron juicios no apegados al principio de proporcionalidad en cuanto que fracasaron en sopesar adecuadamente el peso de los DDHH frente a tales intereses. Por el contrario, la sentencia emitida por el TJ, misma que ha sido criticada por su orientación dualista, se concibe como fundamentada en un enfoque orientado a la realización de valores, en tanto a que procura un balance más preciso entre el interés colectivo y el respeto a los derechos individuales¹⁰⁷².

No sobra decir, que, con posterioridad a la decisión del Tribunal, el CS reforzó significativamente las garantías procesales del régimen 1267 al instaurar la Oficina del Ombudsman. Ciertamente, no puede pensarse que dicho mecanismo de revisión pueda eliminar todos los eventuales conflictos entre el derecho comunitario y el sistema jurídico de la ONU. No obstante, su éxito relativo ha contribuido a reducir las posibilidades de que se dicten sentencias adversas a las decisiones del CS. En el mismo sentido, debe recordarse, que el Tribunal identificó la obligación comunitaria de cumplir con las prescripciones de la CNU, así como el deber de las instituciones comunitarias de tomar debida cuenta de las resoluciones del CS al momento de adoptar actos de implementación. En este contexto, la decisión de emplear un enfoque dualista debe entenderse como una reacción a una situación específica que puede ocurrir ante las interacciones de diversos planos jurídicos. Tales interacciones, conducen a la conformación de sistemas multiniveles, en los cuales, resulta posible que el nivel de protección a los DDHH alcanzado por el sistema superior no haya logrado obtener el nivel de protección desarrollado y considerado indispensable por el sistema inferior. En

¹⁰⁷² Pasquale de Sena & Maria Chiara Vitucci, *Op. Cit.*, p. 195-197.

estos casos, reusarse a aceptar la primacía del sistema superior debe considerarse como una respuesta adecuada ante tal deficiencia¹⁰⁷³.

Aunque a primera vista la sentencia del TJ puede dar la impresión de que este ha asumido una fuerte actitud aislacionista, no puede obviarse que el sistema internacional no solo se caracteriza por la existencia de una *Comunidad Global de Tribunales*¹⁰⁷⁴, sino también por la fuerte interacción de órganos e instituciones políticas, administrativas y judiciales en múltiples niveles. De esta forma, lo que en apariencia pudiera ser calificado como un acto unilateral, pudiera resultar en un hecho susceptible de generar una pronta reacción en el resto de los actores, de forma tal que pueda iniciarse un debate efectivo. En este sentido, puede considerarse que *Kadi 2008* se encuentra en línea con el principio *Solange*. Se advierte, que la postura del TJ refleja su creencia de que, en relación con el caso *Kadi*, el CS se había extralimitado. No obstante, dicha creencia no resulta en un impedimento para que el TJ se repliegue una vez que el procedimiento ante el Comité de Sanciones haya sido debidamente reformado. De tal suerte, si se toma en cuenta que el objeto principal de aplicar el principio *Solange* consiste en lograr el respeto simultáneo de un estándar mínimo de protección a los DDHH y de la consideración necesaria a la autonomía judicial de entidades mutuamente interdependientes situadas en un sistema interactivo, no puede pensarse que el TJ continuará revisando judicialmente los actos comunitarios de implementación de medidas provenientes de la ONU una vez que esta instaure un sistema efectivo de control judicial¹⁰⁷⁵.

Así las cosas, frente a las críticas esgrimidas en el sentido de que el TJ no prestó la debida consideración por el rol que juega la CNU en el ordenamiento jurídico internacional, así como en relación a aquellas que lo han acusado de emplear un enfoque basado en el solipsismo; es preciso recordar que el Tribunal examinó extensamente todos los argumentos presentados por el Consejo y la Comisión de la UE sobre la primacía que deben ocupar las obligaciones de la ONU frente al derecho comunitario. Al hacerlo, se refirió específicamente a los procedimientos instaurados por el Comité de Sanciones, y no así a las resoluciones del CS. Tal curso de acción, resulta indicativo de que la posición del Tribunal pudo haber sido distinta con respecto a

¹⁰⁷³ Julianne Kokott & Christoph Sobotta, *Op. Cit.*, pp. 1015-1018.

¹⁰⁷⁴ Véase: Anne Marie Slaughter, "A Global Community of Courts", *Harvard International Law Journal*, Vol. 4, No. 1, 2003, pp. 192-193.

¹⁰⁷⁵ Peter Hilpold, *Op. Cit.*, p. 179.

procedimientos en los cuales las garantías al debido proceso se encontrasen correctamente tuteladas. Con base a lo anterior, es posible determinar que el enfoque empleado por el TJ, no resulta en la postura radicalmente dualista que sus críticos han identificado. Por el contrario, basta con suponer que el Tribunal, sin ocuparse en lo absoluto de consideración alguna con respecto a Naciones Unidas, hubiese únicamente construido su sentencia con base a la autonomía del derecho comunitario, así como en su competencia para revisar cualquier acto dentro de dicho sistema, para inferir que, en ese caso, no cabría especular sobre un posible cambio de actitud por parte de dicho órgano jurisdiccional que en el futuro evidenciara una transición similar a aquella generada por la Corte Constitucional Alemana por medio de las sentencias *Solange I* y *II*. De este modo, la decisión del TJ puede ser entendida como fundamental en la construcción de una nueva relación tipo *Solange*, por medio la cual, los Miembros de la UE pueden verse tentados a no implementar aquellas previsiones que afecten a los DDHH consagrados en sus respectivas constituciones. Desde el punto de vista internacional, tal escenario pudiera resultar en un mayor detrimento del sistema internacional, en tanto que conduciría a una situación en la que no solo se cuestionase la primacía del Derecho Internacional sobre el derecho comunitario, sino también la de este último en relación con los ordenamientos jurídicos domésticos¹⁰⁷⁶.

En la actualidad, la noción de “dualismo” resulta inadecuada para caracterizar a la decisión tomada por el TJ. Puede considerarse que la sentencia únicamente confirma normas y principios previamente establecidos con respecto a la revisión judicial, la importancia de los DDHH, y la relación entre el ordenamiento jurídico comunitario y el Derecho Internacional. De tal manera, la única aportación realizada por el Tribunal, consiste en la aclaración de que dicha normas y principios se extienden a las Naciones Unidas, no obstante, la primacía de la CNU en Derecho Internacional, tal y como se encuentra estipulada en el artículo 103 de dicho instrumento. Por ende, se estima que el TJ acertó al rechazar la valoración de dicho numeral realizada por el TPI, en cuanto a que este únicamente se ocupa de las obligaciones de los EMNU bajo la Carta, y, evidentemente, ni la UE, ni la CE, como sujetos autónomos de Derecho Internacional, son Miembros de la ONU¹⁰⁷⁷. Bajo este orden de ideas, puede considerarse que el TJ

¹⁰⁷⁶ Julianne Kokott & Christoph Sobotta, *Op. Cit.*, pp. 1018-1019.

¹⁰⁷⁷ Piet Eeckhout, “Kadi and Al Barakat: Luxembourg Is Not Texas — Or Washington DC” en *EJIL:Talk!* (Blog, 25 de febrero de 2009) <http://www.ejiltalk.org/kadi-and-al-barakaatluxembourg-is-not-texas-or-washington-dc>, citado por, Christopher Michaelson, “Kadi and Al-Baraakat v Council of the

realizó un control constitucional a las decisiones del CS. Siendo que formalmente no puede aplicar los principios del ordenamiento jurídico europeo a la ONU -mismos que de acuerdo con la visión constitucionalista coinciden con los valores que integran el incipiente orden público internacional-, termina controlando los actos de implementación de las resoluciones del CS. Ante el abrumante peso de la doctrina de la cuestión política, la empresa del TJ corría el peligro de quedar en un incidente aislado. No obstante, la emulación de sus postulados por parte de otros tribunales regionales y locales europeos, dotó a su esquema de revisión de cierta fuerza constitucional, de forma tal que su decisión no devengara intrascendente frente al excesivo formalismo del enfoque deferencial que dichos tribunales habían venido desarrollando.

Con todo, no puede considerarse que el enfoque empleado por el TJ represente una panacea frente a las complejidades entre el ordenamiento comunitario y el onusiano, mismas que han sido evidenciadas por la serie de juicios suscitados en torno al Sr. Kadi. En este contexto, cabe señalar que en respuesta a la decisión emitida por el TPI en *Kadi 2010*; la Comisión y el Consejo de la UE, apoyados por un número significativo de Estados Miembros, presentaron senda apelación ante el TJ, por medio de la cual, defendieron una interpretación opuesta a aquella desarrollada por dicho Tribunal, al considerar que la primacía de la CNU, en particular con respecto a las decisiones vinculantes del CS, debe prevalecer sobre cualquier obligación dimanada de los tratados comunitarios. Tales cuestiones, serán retomadas durante la redacción de la última parte del presente Capítulo. Por ahora, interesa destacar que la disidencia hacia el TJ puesta de manifiesto por dicha situación, resulta indicativa de que no puede considerarse que sus postulados gocen de aceptación total entre los Miembros de la UE, ni, mucho menos, entre las instituciones comunitarias. De esta forma, su enfoque se encuentra todavía condicionado a los futuros desarrollos jurídico-políticos que pudieran llegar a surgir en torno a la implementación de los regímenes de sanciones selectivas del CS¹⁰⁷⁸.

Desde una óptica constitucionalista, considero que la avenida tomada por el TJ puede explicarse en función de un esquema de *constitucionalismo imperfecto*, por medio del cual, no solo se intenta moldear al ordenamiento jurídico comunitario sino, a la vez, supeditar a las estrategias antiterroristas del CS a una suerte de control

European Union and Commission of the European Communities. The incompatibility of the United Nations Security Council's 1267 Sanctions Regimen with European Due Process Guarantees", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 10, No. 1, 2009, p. 344.

¹⁰⁷⁸ Kushtrim Istrefi, *Op. Cit.*, p.88.

constitucional que, ante la ausencia de mecanismos diseñados para tales efectos en la CNU, forzosamente tiene que estar basado en la protección de los DDHH. Se estima que el modelo es imperfecto, debido a que las estructuras de control que resultan de su aplicación no pueden asimilarse plenamente a aquellas emergidas en el plano doméstico. Desde esta perspectiva, los operadores jurídicos maniobran con normas básicas de Derecho Internacional -los DDHH- cuyo carácter fundamental, ni siquiera se encuentra establecido fuera de toda duda. Por ello, el control de legalidad indirecto de las resoluciones legislativas del CS se ha desarrollado a través de la revisión judicial expresiva. Se observa, que líneas jurisprudenciales como aquella desarrollada en *Kadi 2008*, requieren de una constante reiteración a fin de consolidarse. El grado de consolidación, dependerá del número y la autoridad con que cuenten los tribunales que las emulan, o bien, las desarrollan. Siendo que los tribunales involucrados operan en planos diversos, que condicionan las relaciones entre sí, la conciencia por parte de la comunidad global de tribunales de estar realizando una empresa judicial común, resulta determinante para la evolución del proceso que se describe.

Pese a la continuidad en la línea jurisprudencial identificada, subsisten visiones de acuerdo a las cuales, el TJ ha puesto la vara demasiado alta al requerir que todos los actos comunitarios, incluso aquellos mediante los cuales se implementan las resoluciones del CS, puedan ser sometidos a una revisión judicial completa en el espacio jurídico comunitario. Ciertos autores, han señalado que, mediante dicha actitud, el Tribunal parece haber renunciado a la búsqueda de soluciones creativas para abordar la problemática evidenciada en *Kadi*. Se ha argumentado, que la postura del TJ se ha asemeja a aquella esgrimida por la Corte Constitucional Alemana cuando a través de un enfoque monista, rechazó la doctrina del efecto directo desarrollada en *Van Gend en Loos*¹⁰⁷⁹ y *Costa/ENEL*¹⁰⁸⁰ en tanto que (*Solange*) no existiese una protección adecuada de los DDHH a nivel comunitario. En este sentido, se han realizado señalamientos que advierten sobre las condiciones disímiles que existen entre el proceso iniciado por el máximo tribunal alemán y aquel que aparentemente ha emprendido el TJ. Principalmente, se ha destacado el hecho de que, en el primer caso, se buscaba la armonización normativa de una región que hasta cierto punto puede considerarse en

¹⁰⁷⁹ Asunto 26/62, *Van Gend en Loos c. Nederlandse Administratie der Belastingen*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia del 5 de febrero 1963.

¹⁰⁸⁰ Asunto 6/64, *Costa/ENEL*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia del 15 de julio de 1964.

términos de homogeneidad, mientras que, por el contrario, la construcción de una relación del tipo *Solange* entre la UE y la ONU, requeriría la concordancia de las distintas culturas jurídico-políticas, así como de los respectivos intereses, de todos aquellos Estados que integran el foro universal que constituyen las Naciones Unidas. Desde esta óptica, se advierte que dado el alto grado de refinamiento político necesario para conjugar los diversos intereses y sensibilidades jurídico-políticas requerido para encontrar una solución capaz de acomodar dichas variables, al tiempo en que se constituye una forma efectiva de luchar contra el terrorismo global, toda vez que se procure un mayor respeto por los DDHH; la insistencia del TJ en que la UE reconozca el derecho a una revisión judicial completa en todos los actos comunitarios, pudiera no ser la vía idónea para el cumplimiento de tales objetivos¹⁰⁸¹.

Es mi opinión, que los temores arriba expuestos han resultado mayormente infundados. En primer término, como se verá más adelante, en 2010 y 2013, el TJUE ha confirmado su disposición para abstenerse de controlar los actos de implementación de las resoluciones del CS por medio de sus pronunciamientos en torno al caso *Kadi II*. En segundo lugar, pese a que el enfoque inaugurado en *Kadi* 2008 ha sido reproducido y adaptado por diversos tribunales regionales y locales radicados en Europa, no puede considerarse que los sistemas sancionadores del CS se encuentren al borde del colapso. Por el contrario, estos se han visto fortalecidos en legitimidad y efectividad en función de las mejoras emprendidas por el Órgano que no pueden disociarse del proceso de revisión judicial expresiva que se describe. Inclusive, se sostiene que lejos de socavar los objetivos para los que fue creada la ONU, las decisiones de los tribunales implicados se encuentran en línea con estos. En este sentido, cabe recordar la constante oposición de los organismos de protección a los DDHH de la ONU, que de forma persistente se han enfrentado a los métodos empleados por el CS para designar, aplicar y revisar las sanciones en el ámbito del combate al terrorismo. No en vano, Ben Emmerson, sucesor del antes Relator Especial Martin Scheinin para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en la Luchas contra el Terrorismo, ha propuesto que el mandato conferido a la Oficina del Ombusman sea reformado de manera tal que se le autorice para recibir y resolver peticiones de aquellos individuos y entidades figurante en la Lista Consolidada que busquen ser removidos de la lista de sanciones o bien solicitar asistencia humanitaria por medio de una decisión que sea

¹⁰⁸¹ Larissa van den Herik & Nico Schrijver, *Op. Cit.*, pp. 336-337.

aceptada como final tanto por el Comité de Sanciones como por el CS¹⁰⁸². En ausencia de dicha eventualidad, el desarrollo de mecanismos indirectos, así como la generación del clima político necesario para lograr la autorregulación del CS a través de la revisión judicial expresiva, se presentan como las mejores opciones para encauzar las resoluciones del CS hacía una mayor concordancia con los DDHH.

9.2.4 Los Derechos Humanos como Límites Efectivos de las Resoluciones Legislativas

Como han señalado ciertos autores¹⁰⁸³, ninguno de los enfoques empleados por el TJCE para determinar el estándar de protección a los DDHH que debía prevalecer en la resolución del asunto *Kadi I* en 2008, resulta en una aproximación seriamente comprometida con los DDHH. Aparentemente, la mayor preocupación de los Tribunales consistía en la determinación de la posición que ostenta el TJCE frente al Derecho Internacional¹⁰⁸⁴. Para el TPI, *Kadi* representó una oportunidad para reafirmar el compromiso comunitario con la cooperación internacional, valor que como se ha comentado, ha sido resguardado celosamente a lo largo del proceso de integración europea. Para el TJCE, el asunto parece haber dado pie a la continuación de un proceso iniciado a principios de la década de los 1960s, cuando declaró que la CE constituía un nuevo y supremo orden jurídico poseyente de su propio carácter constitucional, a través del cual procura asegurar que el ejercicio de poderes por parte de la Unión y sus instituciones, se encuentre sujeto al imperio de la ley a través de controles constitucionales efectivos. En línea con sus paradigmáticos pronunciamientos en las sentencias *Van Gend en Loos* y *Costa*, entendió al derecho comunitario como un ordenamiento autónomo. De igual forma, al presumir una relación entre la Comunidad y sus ciudadanos, consideró que el derecho comunitario afecta directamente el legado jurídico de tales individuos¹⁰⁸⁵.

Hasta *Kadi 2008*, el constitucionalismo europeo se había basado en un enfoque eminentemente interno a través del cual, se procuraba establecer el carácter autónomo del ordenamiento comunitario frente a los sistemas jurídicos de sus Estados Miembros.

¹⁰⁸² Al Dulimi y Montana Magement Inc. c. Suiza, No. 5809/08, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia del 21 de junio de 2016, p. 34.

¹⁰⁸³ Daniel Halberstam & Eric Stein, *Op. Cit.*, p. 50.

¹⁰⁸⁴ El TJUE ha sido criticado por asumir posturas discordantes con respecto al Derecho Internacional en relación con el Derecho Internacional. En este sentido, véase la opinión de Eva Kassoti en relación con el caso Frente Polisario c. Consejo. Véase, *supra* nota 1069.

¹⁰⁸⁵ Deirdre Curtin & Christina Eckes, *Op. Cit.*, p. 368.

Aunque poderosa, tal dimensión interna representa la mitad de un proceso constituyente que requería ser abordado desde un plano internacional, de forma tal que definiera la relación entre el derecho europeo y el internacional. Si bien distintas, las aristas internas e internacionales del proceso constituyente europeo son complementarias. Tal situación, resulta favorable para la causa de los DDHH en cuanto que, al negar la sumisión automática del derecho comunitario al Derecho Internacional, se reafirma la autonomía de los sistemas domésticos de los Estados que integran la UE, los cuales, ofrecen un grado de protección a los derechos fundamentales superior a aquel que hasta el momento se ha desarrollado en torno a los regímenes de sanciones antiterroristas del CS. Un escenario distinto, acarrearía el riesgo de que los Estados, al considerar la inconsistencia de las medidas impuestas por el CS con los DDHH protegidos en sus respectivos sistemas constitucionales, optasen por no aplicar el derecho comunitario. De tal manera, siendo que el empleo del todavía indeterminado concepto de *jus cogens* únicamente comprende violaciones manifiestamente graves a un puñado de normas internacionales, el enfoque utilizado por el TPI ha sido tildado en algunos círculos como un mero gesto simbólico, puesto que simplemente resulta en un reconocimiento de la importancia de los DDHH. De esta forma, el enfoque “internacionalista” empleado por dicho Tribunal, no solo socava la autonomía del sistema jurídico comunitario, sino que, a la vez, termina debilitando la protección de los DDHH en el plano internacional¹⁰⁸⁶.

No obstante, el enfoque internacionalista fue recibido con beneplácito por ciertos sectores de la doctrina. En tales círculos, la aserción de competencia emprendida por el TPI fue considerada como indicativa de la vitalidad del *jus cogens*, así como reflejante de la posibilidad de controlar a este tipo de normas de abajo hacia arriba, lo cual, a su vez, ha sido entendido como un signo de la emergencia del constitucionalismo internacional. Sin embargo, tales opiniones tienden a ignorar el objetivo substantivo buscado por el Tribunal, consistente en el establecimiento de las garantías jurídicas suficientes para asegurar el cumplimiento uniforme de las decisiones del CS¹⁰⁸⁷. De tal manera, aunque la decisión alcanzada en *Kadi 2005* aparentemente refuerza la estructura jerárquica del Derecho Internacional, resulta en la relativización excesiva de los DDHH, no solo en su calidad de principios rectores del ordenamiento comunitario, sino en carácter de normas de índole constitucional internacional. Autores como Helmut

¹⁰⁸⁶ Daniel Halberstam & Eric Stein, *Op. Cit.*, pp. 62-63.

¹⁰⁸⁷ Pasquale de Sena & Maria Chiara Vitucci, *Op. Cit.*, p. 199-200.

Aust¹⁰⁸⁸, han sugerido que el Tribunal simuló el escrutinio del reglamento impugnado frente a una concepción particular de los derechos fundamentales, a sabiendas de que estos no podrían cumplir con los estándares de revisión fijados en su sentencia. Para el citado autor, una revisión judicial realizada en tales términos, puede ser considerada como un mero placebo.

Tal y como señala la profesora Jessica Almqvist¹⁰⁸⁹, de forma contraria al generoso entendimiento mostrado por el TPI sobre el contenido substantivo de las normas de *jus cogens*, debe tomarse en cuenta que, incluso considerando que tal contenido no se encuentra restringido a la prohibición de ciertos crímenes internacionales de gravedad, la protección que pueden llegar a brindar dichas normas a aquellos individuos cuyos DDHH han sido vulnerados resulta básica en demasía. Bajo el esquema de revisión empleado por el TPI, derechos como el derecho de acceso a la justicia, deben cumplir un propósito al que puede calificarse como “de segundo orden”. De tal manera, funcionan como habilitadores que proporcionan la posibilidad de desafiar judicialmente aquellas medidas que infrinjan normas “de primer orden”, es decir, normas de *jus cogens*, tales como la prohibición de la tortura o la esclavitud. En este supuesto, resulta dudoso el que pueda medirse el estatus del derecho de acceso a la justicia en términos absolutos, es decir, el que puede determinarse su carácter de *jus cogens*. Como explica la citada autora, la doctrina de la jurisdicción universal -tanto civil como penal-, se construye sobre el supuesto de que las violaciones a normas de primer orden no deben permanecer impunes. Por tal motivo, debe garantizarse el acceso a los tribunales para aquellas personas que hayan sido víctimas de tales violaciones. Considerando que efectivamente la vida e integridad física de los seres humanos se encuentran bajo la protección del *jus cogens*, la profesora Almqvist advierte que, incluso equiparando las medidas de congelamiento de activos a una pena severa como es la confiscación, no puede considerarse que sean de tal gravedad como para garantizar el acceso a los tribunales, al margen de que exista una conexión territorial o nacional con la supuesta violación, salvo en los casos en que estas llegasen a representar una amenaza para la vida de los sancionados. Ante este escenario, concluye que no puede considerarse que el CS haya infringido normas de *jus cogens* al no asegurar el acceso a la justicia de las personas incluidas en sus listas de sanciones. Inclusive, señala que el CS nunca ha

¹⁰⁸⁸ Helmut Philipp Aust, *Op. Cit.*, p. 64.

¹⁰⁸⁹ Jessica Almqvist, *Op. Cit.*, p. 321-324.

manifestado su intención de denegar el acceso a la justicia, por lo que no puede presumirse su intención para tales efectos. De tal manera, aunque el TPI haya argumentado correctamente que el CS se encuentra sujeto en todo momento a los límites que le imponen las normas imperativas de Derecho Internacional, se considera que el estado actual de desarrollo en que se encuentra el concepto de *jus cogens*, devenga en la falta de idoneidad para utilizar dicha figura como estándar de revisión para verificar el cumplimiento de los DDHH, puesto que, en términos prácticos, ha resultado inoperante.

Tal situación, no solo encuentra confirmación a través del análisis de la sentencia *Kadi 2005*, sino que, a la vez, se sustenta en la decisión emitida por la Corte Federal Suiza en relación con el caso *Nada*. Como se recordará, a grandes rasgos, la Corte siguió el enfoque empleado por el TPI al realizar una revisión de los derechos controvertidos a la luz del *jus cogens*. La principal diferencia entre ambas decisiones, consiste en que la Corte Federal Suiza no consideró que los derechos impugnados hubiesen alcanzado la categoría de norma imperativa de Derecho Internacional. De tal suerte, aunque señaló que el procedimiento de remoción de las listas ante el Comité de Sanciones no guardaba conformidad con los estándares de control judicial reconocidos por el ordenamiento constitucional suizo, se consideró imposibilitada para remediar la situación. Asimismo, observó que esto solo podría ocurrir mediante la instauración de un mecanismo de control adecuado a nivel Naciones Unidas¹⁰⁹⁰.

La sentencia *Nada*, evidencia la frustración de un tribunal interno cuando, de *bona fide* y en aras de promover la cooperación internacional, se siente constreñido a dejar inaplicadas las normas que protegen los DDHH en su propio sistema jurídico, con el fin de cumplir el objetivo primordial de la ONU, es decir, la manutención de la paz y seguridad internacionales. Buscando evadir un conflicto con la UE, así como la preservación de la integridad del sistema de seguridad colectivo instaurado a través de las Naciones Unidas, la Corte Federal Suiza se sintió obligada a seguir la línea jurisprudencial inaugurada por el TPI en *Kadi 2005*, a sabiendas de que terminaría socavando los principios fundamentales consagrados en el orden constitucional suizo. Es mi opinión, que, al emular los pronunciamientos realizados por el TPI, irremediablemente se terminarán sacrificando los DDHH de los afectados, de forma que

¹⁰⁹⁰ August Reinisch, "Should Judges Second-Guess the UN Security Council?", *Op. Cit.*, pp. 278-279.

las decisiones del CS, permanezcan inalteradas a fin de que el Órgano pueda cumplir con su función primordial. En este sentido, al reafirmar el dogma jurídico a través del cual se entiende que los objetivos del CS están por encima de cualquier otro valor jurídica e internacionalmente protegido, el enfoque internacionalista termina nulificando los DDHH de los que gozan los afectados. Siendo que el estándar basado en el *jus cogens* resulta virtualmente imposible de cumplir, tales derechos, terminan diluyéndose entre las consideraciones relativas a la imperiosa necesidad de combatir al terrorismo internacional en un entorno en el que, pese a que se reconoce la gran importancia de respetar los DDHH en el cumplimiento de dicho objetivo, el parámetro por medio del cual se pretende determinar si tales derechos han sido infringidos, irremediablemente conducirá a su anulación en tanto persista la imposibilidad de demostrar su carácter absoluto, o bien, de normas imperativas de Derecho Internacional.

En *Kadi 2005*, el TPI estableció que los derechos de propiedad del Sr. Kadi, no habían sido restringidos de forma que su limitación contraviniera las normas de *jus cogens*. Para tales efectos, consideró que la posibilidad explícita de aplicar exenciones y excepciones a la congelación de fondos de las personas inscritas en la lista del Comité de Sanciones, demostraba que dicha medida no tenía por objeto someter a los sancionados a tratos inhumanos o degradantes. Seguidamente, con base en la excepción al derecho de la propiedad precisada en el artículo 17(2) de la DUDDHH¹⁰⁹¹, entendió que en la medida en que el respeto de este deba considerarse comprendido en las normas imperativas del Derecho Internacional general, únicamente una privación arbitraria de dicho derecho podría considerarse, en cualquier caso, contraria al *jus cogens*. Con base en dicho supuesto, determinó que, dado el objetivo perseguido por las sanciones, específicamente; la lucha contra las amenazas a la paz y seguridad internacionales, representadas por los actos de terrorismo, las medidas discutidas perseguían un objetivo de interés fundamental para la comunidad internacional¹⁰⁹².

En primer término, se advierte una aparente dificultad conceptual en el razonamiento esgrimido, puesto que el Tribunal parece haber encontrado un derecho protegido por el *jus cogens* que al mismo tiempo resulta derogable en condiciones no arbitrarias. En segundo lugar, se observa que para justificar su aserción de que el

¹⁰⁹¹ El artículo 17(2) de la DUDDHH establece: Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

¹⁰⁹² *Kadi c. Consejo y Comisión*, asunto T-315/01, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda Ampliada), Sentencia del 21 de septiembre de 2005, párr. 239-247.

derecho a la propiedad ha alcanzado el estatus de norma imperativa, cita como única fuente a la DUDDHH. Esta situación, demerita su argumento en cuanto que un análisis de la literatura sobre el tema, revela posturas encontradas en relación con el presunto estatus del derecho a la propiedad como norma de *jus cogens*. Incluso, se observa la presencia de un cierto sector que considera que tal derecho ni siquiera ha adquirido el carácter de norma consuetudinaria de Derecho Internacional, mucho menos, el de norma imperativa. Ciertamente, el Tribunal pudo haber realizado un mayor esfuerzo por explicar las consideraciones que lo condujeron a realizar lo que discutiblemente se puede catalogar como una expansión a la noción del *jus cogens*¹⁰⁹³.

En segundo plano, se observa que, al intentar garantizar el cumplimiento de los objetivos del CS, el TPI aplica forzosamente la figura del *jus cogens* como estándar de revisión, a fin de evitar invadir las competencias del CS. Correctamente, considera que este posee la facultad exclusiva de determinar lo que constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales, así como las medidas a emplear para combatirla. No obstante, estima inadecuadamente que se ha cumplido el requisito de proporcionalidad de las medidas, pues basa su conclusión en el amplio concepto de “interés general” inherente a la función primordial del CS, es decir, al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. *Prima facie*, la conclusión del Tribunal parece adecuada. Ciertamente, puede considerarse que el cumplimiento del objetivo primordial de la ONU, compartido por la totalidad de los Estados Miembros que la conforman, consiste precisamente en la preservación y el fomento de dichos valores. Sin embargo, el Tribunal omitió realizar una valoración apropiada por medio de la cual pudiese haber determinado si las medidas específicamente dirigidas al Sr. Kadi resultaban necesarias bajo las circunstancias del caso particular, para garantizar el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. Tal evaluación, hubiese requerido una correcta consideración de las pruebas que supuestamente vinculaban al Sr. Kadi con el terrorismo internacional. De ser el caso, se hubiese tenido que determinar, además, si el beneficio para la paz internacional obtenido a través del congelamiento de los activos específicos del Sr. Kadi resultaba proporcional a las restricciones impuestas al disfrute de su propiedad. Contrario a lo sostenido por el Tribunal, un examen de esta naturaleza no implica el cuestionamiento de alguna determinación de amenaza a la paz formulada por el CS en sí. Más bien, comprende la revisión de la proporcionalidad y necesidad de la medida adoptada contra

¹⁰⁹³ Daniel Halberstam & Eric Stein, *Op. Cit.*, pp. 54-55.

un individuo en particular¹⁰⁹⁴. No obstante, una revisión realizada en tales términos, o, de acuerdo a lenguaje que emplearía el TJUE en *Kadi II* «en principio completa», resulta imposible a través del esquema adoptado por el TPI. De forma contradictoria, al procurar el respeto por el Derecho Internacional, impide virtualmente la comprobación de la legalidad en su aplicación. Tal situación, se torna aún más evidente considerando los argumentos del Tribunal para justificar la ausencia de una violación al derecho a ser oído del Sr. Kadi.

A fin de considerar la violación del derecho a ser oído alegada por el demandante, el TPI realizó una distinción entre lo que consideró el supuesto derecho del demandante a ser oído por el Consejo de la UE en el contexto de la adopción del reglamento impugnado y su supuesto derecho a ser oído por el Comité de Sanciones en el contexto de su inscripción en la lista de personas cuyos fondos deben ser congelados con arreglo a las resoluciones del CS. En relación con el derecho del demandante a ser oído por el Consejo de la UE, consideró que las instituciones comunitarias no disponían de ninguna facultad de investigación, de ninguna posibilidad de control de los hechos tenidos en cuenta por el CS y el Comité de Sanciones, de ningún margen de apreciación sobre tales hechos y de ninguna libertad de apreciación en cuanto a la oportunidad de imponer sanciones al demandante. Por consiguiente, determinó que el principio del derecho comunitario que reconoce el derecho a ser oído no puede ser aplicado en unas circunstancias tales, en las que la audiencia del interesado nunca podría impulsar a la institución a revisar su postura. De lo anterior, dedujo que, en el contexto de la adopción y aplicación del reglamento impugnado, el Consejo de la UE no estaba obligado a oír al demandante en relación con el mantenimiento del mismo en la lista de personas y entidades a quienes se aplican las sanciones. Sobre este fundamento, desestimó las alegaciones del demandante basadas en la violación de su derecho a ser oído por el Consejo de la UE en el contexto de la adopción del reglamento impugnado¹⁰⁹⁵.

Como es evidente, la línea de razonamiento seguida por el TPI resulta en la virtual anulación de los derechos a la defensa del Sr. Kadi, particularmente, de su derecho a ser oído. Por el contrario, la postura que habría de adoptar el TJ en 2008, de acuerdo a la cual, el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho

¹⁰⁹⁴ Iain Cameron, *Op. Cit.*, pp.189-191.

¹⁰⁹⁵ *Kadi c. Consejo y Comisión*, asunto T-315/01, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda Ampliada), Sentencia del 21 de septiembre de 2005, párr. 254-260.

comunitario, condujo a resultados significativamente más favorables para la protección de los DDHH. Como corolario, el TJ arribó a una decisión que, de forma contraria a la alcanzada en primera instancia, cumple con el requisito de proporcionalidad. Discutiblemente, tal situación contribuye a reforzar los regímenes de sanciones instaurados por el CS puesto que permite la modificación posterior de los actos comunitarios de implementación, de forma que se incrementen las garantías procesales de los afectados; al tiempo en que omite -como debería- interferir directamente con las decisiones del CS, permitiendo que estas permanezcan operantes en todo momento. Tal curso de acción, se encuentra en línea con las múltiples afirmaciones realizadas por el CS a partir de la emisión de la resolución 1456 (2003), mediante las cuales ha sostenido reiteradamente que los Estados están obligados a cerciorarse que las medidas que adopten para combatir el terrorismo deben de ser acordes con el Derecho Internacional, particularmente el Derecho Internacional Humanitario y los DDHH. Cabe cuestionarse, si dicha obligación puede ser efectivamente cumplida siguiendo los criterios del TPI. En este sentido, la obligación de garantizar el respeto por los DDHH al implementar las decisiones del CS se juzga incompatible con la noción de que las autoridades comunitarias se encuentran impedidas para realizar cualquier modificación en la trasposición y aplicación de las medidas adoptadas por el CS en virtud del Capítulo VII de la CNU; así como con el postulado según el cual, los jueces comunitarios no pueden verificar la compatibilidad de las medidas con los derechos fundamentales, excepto en el limitado ámbito que proporciona el *jus cogens*.

En contraste, el enfoque comunitario seguido por el TJ, basado en la premisa de que la revisión judicial es un principio general del derecho comunitario, razón por la cual, su cumplimiento no puede ser menoscabado por un acuerdo internacional -incluyendo a la CNU-, permite realizar una revisión judicial susceptible de aminorar los efectos perniciosos de una determinada aplicación errónea de las sanciones del CS. Tal situación, se evidencia en la distinta concepción de los derechos controvertidos mostrada por cada Tribunal. Interesado en garantizar una tutela judicial efectiva, el TJ tomó en consideración que en el caso que decidía, dentro el cual se impugnaba un acto comunitario destinado a aplicar una resolución aprobada por el CS en relación con la lucha contra el terrorismo, existían razones imperiosas relacionadas con la seguridad o con la gestión de las relaciones internacionales de la comunidad y de sus Estados Miembros que pueden oponerse a que se dé traslado de ciertos datos a los interesados y,

por tanto, a que se oigan sus alegaciones al respecto. No obstante, advirtió que unas medidas restrictivas como las que imponía el reglamento controvertido no podían eludir todo control del juez comunitario desde el momento en que se afirme que el acto que las establece está relacionado con la seguridad nacional y con el terrorismo¹⁰⁹⁶.

De esta forma, pese a que consideró que no cabía exigir a las autoridades comunitarias que comunicasen los motivos que dieron lugar a las sanciones antes de la inclusión inicial de una persona o entidad en la lista; así como que las autoridades comunitarias tampoco estaban obligadas a proceder a una audiencia de los recurrentes antes de la inclusión inicial de sus nombres en la lista; determinó que habida cuenta de que el Consejo de la UE no dio traslado al recurrente de los datos utilizados en su contra como base de las medidas restrictivas que le fueron impuestas, ni le otorgó el derecho de tomar conocimiento de dichos datos en un plazo razonable tras la imposición de las medidas, el recurrente no se encontraban en condiciones de dar a conocer oportunamente su punto de vista a este respecto. Por lo tanto, no se respetaron los derechos de defensa del recurrente, ni en particular su derecho a ser oído. Añadió, que al no haber sido informado de los datos utilizados en su contra y habida cuenta de las relaciones que existen entre los derechos de defensa y el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo, el recurrente tampoco pudo defender sus derechos ante el juez comunitario en relación con tales datos en condiciones satisfactorias, por lo que también procedía constatar una violación de su derecho a un recurso jurisdiccional efectivo. Ante tales circunstancias, consideró que no se encontraba en condiciones de controlar la legalidad del reglamento controvertido en lo que respectaba al recurrente, de modo que procedía concluir que, por tal motivo igualmente, no se había respetado el derecho fundamental a un recurso jurisdiccional efectivo de que disfrutaba el Sr. Kadi. En consecuencia, concluyó que dicho reglamento se había adoptado siguiendo un procedimiento en el que no se respetaron los derechos de defensa, lo que tuvo también como consecuencia una violación del principio de tutela judicial efectiva¹⁰⁹⁷.

Por lo que respecta al derecho del demandante a ser oído por el Comité de Sanciones en el contexto de su inscripción en la lista de personas cuyos fondos deben

¹⁰⁹⁶ Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 3 de septiembre de 2008, párr. 335-343.

¹⁰⁹⁷ Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 3 de septiembre de 2008, párr. 338-352.

ser congelados en virtud de las resoluciones del CS controvertidas, el TPI constató que dichas resoluciones no reconocían tal derecho. No obstante, subrayó que, a través de tales instrumentos, así como de los sucesivos reglamentos de aplicación adoptados en la UE, se había creado un mecanismo de revisión de las situaciones individuales, disponiendo que los interesados podían dirigirse al Comité de Sanciones, a través de sus autoridades nacionales, a fin de obtener que se retirase su nombre de la lista de personas a quienes se aplican las sanciones, o bien ciertas excepciones a la congelación de sus fondos. Seguidamente, observó que, al aprobar las directrices emitidas por el Comité de Sanciones, a través de las cuales se hacía efectivo dicho procedimiento, el CS había querido tomar en consideración, en la medida de lo posible, los DDHH de las personas inscritas en la lista de Comité de Sanciones y en particular sus derechos de defensa. Seguidamente, reconoció que el procedimiento descrito no reconocía directamente a los propios interesados el derecho a ser oídos por el Comité de Sanciones, única autoridad competente para pronunciarse, a petición de un Estado, sobre la revisión de su caso. Dichas personas dependían pues, en lo esencial, de la protección diplomática otorgada por los Estados a sus ciudadanos. Sin embargo, juzgó que tal restricción del derecho a ser oído directa y personalmente por la autoridad competente no podía considerarse inadmisible desde el punto de vista de las normas imperativas del Derecho internacional. Por el contrario, tratándose de la impugnación de unas decisiones que ordenan la congelación de los fondos de individuos o entidades de quienes se sospecha que contribuyen a financiar el terrorismo internacional, decisiones adoptadas por el CS, a través de su Comité de Sanciones, en virtud del capítulo VII de la CNU, a partir de la información transmitida por los Estados y las organizaciones regionales, resultaba normal que el derecho de los interesados a ser oídos fuera objeto de ciertas adaptaciones en el marco de un procedimiento administrativo de varios niveles¹⁰⁹⁸.

De forma contraria, el TJ consideró que el procedimiento a seguir ante el Comité de Sanciones carecía de la suficiencia necesaria para proteger adecuadamente las garantías procesales de las personas afectadas. De tal manera, manifestó que, aunque efectivamente el régimen de medidas restrictivas establecido por la ONU había sido modificado por varias resoluciones recientes del CS, tanto en lo que respectaba a la inclusión en la lista consolidada como a la supresión de nombres de dicha lista, tales

¹⁰⁹⁸ Kadi c. Consejo y Comisión, asunto T-315/01, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda Ampliada), Sentencia del 21 de septiembre de 2005, párr. 261-268.

modificaciones no habían alterado significativamente el carácter de los procedimientos ante el Comité de Sanciones. Advirtió, que dichos procedimientos continuaban siendo esencialmente de naturaleza diplomática e interestatal, pues las personas o entidades afectadas no habían adquirido una auténtica posibilidad de defender sus derechos. Incluso, el Comité continuaba adoptando sus decisiones por consenso, disponiendo todos sus miembros de un derecho de veto¹⁰⁹⁹.

Adicionalmente, observó que las Directrices del Comité de Sanciones, en su versión modificada en último lugar el 12 de febrero de 2007, mostraban que el peticionario que hubiese presentado una solicitud de exclusión de la lista no podría en absoluto defender personalmente sus derechos en el procedimiento ante el Comité ni hacerse representar al efecto, pues el Gobierno del Estado donde residía o cuya nacionalidad ostentaba era el único que tenía la facultad de presentar sus eventuales observaciones sobre dicha solicitud. Seguidamente, señaló que tales directrices no obligaban al Comité de Sanciones a comunicar al peticionario las razones y las pruebas que justificaban su inclusión en la lista consolidada ni a darle acceso a esos datos, ni siquiera con limitaciones. Finalmente, advirtió que en el caso de que el Comité desestimase la solicitud de exclusión de la lista, no tenía obligación alguna de motivar su decisión. Ante tales deficiencias, el TJ consideró que los tribunales comunitarios no podían ser eximidos de ejercer las competencias que les confiere el TCE, pues, de estas, deriva su obligación de garantizar un control, en «en principio completo», de la legalidad de todos los actos comunitarios desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del derecho comunitario¹¹⁰⁰. Como puede apreciarse, aunque eminentemente procedimental, la revisión emprendida por el TJ resulta en un balance mucho más proporcional de los intereses en juego que aquel procurado por el TPI pues, al dar la debida consideración a los DDHH, es imposible juzgar que las medidas de congelamiento aplicadas de forma discrecional y en ausencia de garantías procesales básicas, resultan proporcionales y necesarias para la erradicación del terrorismo internacional.

¹⁰⁹⁹ Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), 3 de septiembre de 2008, Sentencia. Párr. 318-323.

¹¹⁰⁰ Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), 3 de septiembre de 2008, Sentencia. Párr. 324-326.

Para el TPI, el hecho de que los afectados no contaran con una oportunidad real de ser oídos, así como la naturaleza esencialmente diplomática del procedimiento de remoción ante el Comité de Sanciones, encontraban justificación en la medida en que tales restricciones no podían considerarse inadmisibles desde el punto de vista del *jus cogens*. Bajo dicho estándar, resultaba técnicamente posible considerar la proporcionalidad de las sanciones a los objetivos perseguidos por el CS¹¹⁰¹. No obstante, como hemos señalado con anterioridad, existen diversas opiniones que sostienen el carácter penal de las sanciones antiterroristas del CS, independientemente de la calificación administrativa con la que han sido catalogadas por el Consejo, así como por sus organismos subsidiarios. Como se ha hecho mención, la calificación penal de las sanciones, conllevaría una ampliación en el grado de protección a los derechos relativos al debido proceso, puesto que implica la activación de aquellos derechos concernientes al acceso a la justicia, que, de acuerdo con el artículo 14 del PIDC, así como con el artículo 6 del CEDH, únicamente resultan aplicables a aquellas personas sobre las que pesa una acusación penal.

Adicionalmente, cabe mencionar que, de los DDHH impugnados por el Sr. Kadi, únicamente los derechos concernientes al debido proceso; particularmente, el derecho de acceso a la justicia, pudieran ser susceptibles de ser considerados como pertenecientes al rubro del *jus cogens*. De tal manera, se entiende que si el TPI hubiese tenido la intención de garantizar el cumplimiento de los principios fundamentales del derecho comunitario, y no así el objetivo de asegurar la implementación homogénea de las resoluciones del CS; se hubiese encontrado en una posición a través de la cual, por lo menos, hubiera tenido que argumentar el carácter no imperativo del derecho de acceso a la justicia, con una profundidad mayor que la que resulta de su anulación automática en función de los objetivos perseguidos por la ONU. Con todo, la sustitución del estándar suscrito al *jus cogens* por uno fundamentado en los DDHH, previene considerar que las medidas de congelación de activos decididas por el CS resultan necesarias a los fines legítimamente perseguidos por el Órgano puesto que, debido a su severidad y prolongada duración, constituyen restricciones desproporcionadas a los derechos fundamentales de los afectados. De tal manera, no debe sorprender, que, al

¹¹⁰¹ Kadi c. Consejo y Comisión, asunto T-315/01, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda Ampliada), Sentencia del 21 de septiembre de 2005, párr. 267-268.

seguir la línea jurisprudencial establecida por el TJ, el TPI haya llegado a conclusiones sustancialmente distintas al emitir su decisión relativa a la sentencia *Kadi 2010*.

Ulteriormente, el TPI se preguntaría si la apreciación que había realizado en su sentencia anterior -*Kadi 2005*-, según la cual la congelación de fondos es una medida cautelar que, a diferencia de una confiscación, no afecta a la propia esencia del derecho de propiedad de los interesados sobre sus activos financieros, sino únicamente a la utilización de los mismos, no debería ponerse en entredicho, siendo que ya habían transcurrido aproximadamente diez años desde la congelación inicial de los fondos del demandante. De igual forma, se cuestionaría sobre la afirmación del CS, según la cual las medidas en cuestión «son de carácter preventivo y no se basan en criterios penales establecidos en el derecho interno»¹¹⁰². Más adelante, se analizarán a detalle los pronunciamientos emitidos por el TJUE en relación con las sentencias *Kadi 2010* y *Kadi 2013*. Por ahora, las consideraciones aludidas sirven para ilustrar el drástico cambio en el grado de protección a los DDHH que ocurre cuando se contrastan los estándares de revisión empleados respectivamente por ambos tribunales comunitarios.

En lo particular, se encuentra reprochable el que el TPI haya omitido considerar las diversas posturas doctrinales en torno a la posible naturaleza imperativa de los derechos de acceso a un tribunal y a un remedio efectivo en tiempos de guerra y situaciones de emergencia. De haberlo hecho, pudo haberse referido al comentario realizado por el Comité para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por medio del cual, dicho organismo consideró que el derecho de acceso a la justicia, que comprende tanto al derecho a un juicio justo como a la presunción de inocencia, no puede suspenderse, aun durante un Estado de excepción. Para algunos autores¹¹⁰³, dicha aseveración resulta indicativa de que el referido Comité, considera que los derechos aludidos pertenecen a la categoría de normas imperativas sobre las cuales no cabe derogación alguna. No obstante, aunque ciertamente el carácter no derogable de una norma refuerza la causa de que dicho precepto pudiera haber alcanzado el estatus de norma imperativa, debe tomarse en cuenta que este no implica necesariamente que dicha norma pertenezca a la categoría del *jus cogens*. Algunas normas, han adquirido inderogabilidad simplemente por el hecho de que los Estados jamás han tendido necesidad de suspender su

¹¹⁰² Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea, asunto T 85/09, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Séptima), Sentencia del 30 de septiembre de 2010, párr. 150.

¹¹⁰³ Jessica Almqvist, *Op. Cit.*, p. 322.

aplicación. Entonces, la clasificación de una norma como *jus cogens*, no depende de si esta es derogable o no¹¹⁰⁴. Sin embargo, como ha señalado cierto comentarista, puede considerarse que una norma reviste carácter de *jus cogens* porque es inderogable por naturaleza, es decir, porque protege intereses comunitarios que están por encima de los intereses estatales¹¹⁰⁵.

Incluso, ha sido sugerido que los derechos no derogables pueden ser considerados como parte del *jus cogens* siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidos por el artículo 53 de la Convención de Viena. Desde esta óptica, se considera que cuando dicha Convención alude a aquellas normas “que no admiten acuerdo en contrario”, no se refiere a los acuerdos -en forma de derogaciones- que puedan llegar a ocurrir en tiempo de emergencia; sino más que más bien alude a aquellos acuerdos que pudieran ocurrir durante la conclusión de un tratado internacional. La diferencia, estriba en que, en el primer escenario, las posibles derogaciones únicamente resultarían en la suspensión temporal de un derecho; mientras que, en el segundo, serían empleadas para reemplazar una norma perteneciente al orden público por una emergida en función de la autonomía privada que ostentan los Estados. De acuerdo a esta interpretación de la referida Convención, son precisamente este tipo de derogaciones, o bien, acuerdos contrarios a una norma, los que están prohibidos por el *jus cogens*¹¹⁰⁶. Dicha exégesis, no solo resulta consistente con el comentario formulado por el Comité para los Derechos Humanos antes referido, sino que, además, se encuentra en línea con el pronunciamiento realizado por el TPIY en *Tadic*, por medio del cual, dicho órgano judicial determinó que el derecho a un juicio justo constituía una condición *sine que non* para afirmar la validez de la resolución del CS que había dispuesto su creación¹¹⁰⁷.

Adicionalmente, es posible encontrar evidencia de que el derecho a un proceso equitativo ha alcanzado la categoría de *jus cogens* tomando en cuenta lo prescrito por el artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra¹¹⁰⁸, en el sentido de que garantiza los

¹¹⁰⁴ Adrew Hudson, *Op. Cit.*, p. 216.

¹¹⁰⁵ Véase Alexander Orakhelashvili, “The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions”, *The European Journal of International Law*, vol. 16, n° 1, 2005, p. 65, citado por *Ibid.*, p. 216.

¹¹⁰⁶ Véase, Alexander Orakhelashvili, “Peremptory Norms in International Law”, (Nueva York: Oxford University Press, 2006), pp. 53-50, citado por Takis Tridimas & José A. Gutierrez-Fons, *Op. Cit.*, p. 692.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 692-693.

¹¹⁰⁸ El artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra establece: En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas

elementos nucleares del derecho a un juicio justo, aun en tiempo de guerra. De tal manera, aunque tal conclusión todavía es objeto de debate, se estima que existen elementos suficientes como para considerar que, después de todo, el TPI haya encontrado correctamente que el derecho a un proceso equitativo ha adquirido ya el carácter de norma imperativa internacional. Sin embargo, el Tribunal no explica adecuadamente la naturaleza imperativa del dicho derecho, razón por la cual, concluye erróneamente que no se ha realizado una violación a este con respecto a su compatibilidad con el *jus cogens*. Sobre este punto, debe convenirse que el derecho a un proceso equitativo, tal y como se encuentra protegido por el *jus cogens*, o bien por los propósitos y principios contenidos en la CNU, no puede englobar todos los aspectos definidos por el artículo 14 del PIDCP. A la luz de tales estándares, mismos en los que basó su decisión el TPI, únicamente los aspectos fundamentales de dicho derecho se encuentran protegidos. Específicamente, las garantías nucleares protegidas por el derecho a un proceso equitativo consisten en la provisión de una audiencia con las debidas garantías ante un tribunal imparcial e independiente y el requisito de respetar el principio de igualdad de oportunidad procesal entre las partes¹¹⁰⁹.

El derecho a un proceso equitativo no aplica únicamente en relación con procedimientos penales, sino que, de forma más amplia, se extiende a todos aquellos procedimientos susceptibles de determinar los derechos y obligaciones de las personas. No obstante, dicho derecho otorga una mayor protección en relación con procedimientos penales, pues activa las previsiones contenidas en las fracciones segunda a octava del artículo 14 del PIDCP, que únicamente son aplicables a procedimientos de dicha naturaleza, y que contienen, entre otros, el derecho ser asistido legalmente, a ser juzgado sin demora, a interrogar testigos, etc. Como se ha reiterado,

armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados. 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos. Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto. Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio. La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

¹¹⁰⁹ Andrew Hudson, *Op. Cit.*, pp. 216-217.

existen elementos suficientes para considerar con seriedad que, al margen de la calificación administrativa que ha pretendido imprimirles el CS, las sanciones antiterroristas pueden equipararse a acusaciones penales. De ser el caso, pudiera considerarse que se encuentran en contravención de las normas imperativas de derecho internacional, en cuanto a que, al no satisfacer los requisitos relativos a las garantías procesales que debe contener una audiencia para un procedimiento penal, terminan violando el núcleo imperativo del derecho de audiencia. No obstante, incluso considerando que las medidas efectivamente revisten carácter administrativo, puede considerarse asimismo que las sanciones derivadas del régimen 1267, contravienen el núcleo duro del derecho a un proceso equitativo y, por tanto, el *jus cogens*¹¹¹⁰.

Para el TPI, la razón principal por la que las sanciones impuestas a al Sr. Kadi no violaban su derecho a un proceso equitativo consistía en el hecho de que existía un procedimiento de revisión de carácter diplomático para casos individuales instaurado por el propio régimen 1267. En este sentido, resulta ilustrativo que el propio Kadi, al haber solicitado la intervención de su Estado de nacionalidad, en este caso Arabia Saudita, no haya recibido respuesta alguna, encontrándose desprovisto del procedimiento de remoción supuestamente accesible para los afectados por las sanciones del CS. Bajo este supuesto mecanismo de revisión, aquellas personas que se encontrasen bajo la jurisdicción de un gobierno indispuesto, incluso, ineficiente, al momento de petitionar su remoción de las listas de sanciones, se encontrarían manifiestamente desprotegidos. Incluso, suponiendo que un determinado individuo consiguiese avanzar la petición de su gobierno para ser removido de la lista de sanciones, todavía, dicho gobierno, hubiese tenido que asegurar el consentimiento del Estado proponente a fin de lograr la supresión del nombre de su ciudadano. Como es evidente, el procedimiento inicial de remoción instaurado para el Régimen 1267, aunque formalmente instituido, resultó incapaz de garantizar, en términos prácticos, la oportunidad de ser oído para todos los afectados por las sanciones originadas en su seno. Por esta razón, debe entenderse que dicho procedimiento no cumple con el primer requisito esencial del derecho a un proceso equitativo, en cuanto a que no garantizaba la oportunidad de los afectados para presentar su caso ante un organismo imparcial e independiente. De igual forma, al no proporcionar a los afectados información o evidencia alguna sobre los motivos que llevaron a su inclusión en las listas negras del

¹¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 217-218.

CS, el régimen se encuentra en completo desacato del principio de igualdad de oportunidades procesales, puesto que impide a los afectados realizar una defensa adecuada de sus intereses. En consecuencia, debe entenderse que aun y cuando las sanciones antiterroristas no pudieran considerarse como poseedoras de naturaleza penal, los procedimientos de revisión a nivel ONU, violan los aspectos más fundamentales del derecho a un proceso equitativo tal y como se encuentran protegidos por la CNU y las normas imperativas de Derecho Internacional¹¹¹¹.

Todavía, al abordar la posible violación del derecho de acceso a la justicia que se extienda a un control jurisdiccional efectivo, el TPI refrendó su postura deferencial hacia el ordenamiento jurídico de Naciones Unidas, al señalar que no le correspondía verificar la inexistencia de error en la apreciación de los hechos y pruebas que el CS tuvo en cuenta para adoptar las medidas decididas por él, y ni siquiera controlar indirectamente la oportunidad o la proporcionalidad de tales medidas, salvo en lo que respecta al limitado ámbito del *jus cogens*. Consideró, que tal control no podría aplicarse sin invadir las prerrogativas que el Capítulo VII de la CNU confiere al CS en lo que respecta a la determinación, en primer lugar, de la existencia de una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y, en segundo lugar, de las medidas apropiadas para combatirla o eliminarla. Por lo demás, determinar si un individuo o una organización representan una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, al igual que determinar qué medidas deben adoptarse en su contra para hacer frente a dicha amenaza, es una cuestión que exige una apreciación política y unos juicios de valor que, en principio, competen únicamente a la autoridad a quien la comunidad internacional ha confiado la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales¹¹¹².

En tales términos, reconoció que el demandante no disponía de ninguna vía de recurso jurisdiccional, ya que el CS no había estimado oportuno crear un tribunal internacional independiente encargado de juzgar, en hecho y en derecho, los recursos interpuestos contra las decisiones individuales adoptadas por el Comité de Sanciones. Sin embargo, entendió que tal laguna en la protección jurídica del demandante no era en sí contraria al *jus cogens*. Consideró, que el derecho de acceso a los tribunales,

¹¹¹¹ *Ibid.*, pp. 219-222.

¹¹¹² Kadi c. Consejo y Comisión, asunto T-315/01, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda Ampliada), Sentencia del 21 de septiembre de 2005, párr. 264.

reconocido en principio tanto por el artículo 8 de la DUDDHH como por el artículo 14 del PIDCP, no constituye un derecho absoluto. Por una parte, este derecho puede suspenderse en situaciones excepcionales que pongan en peligro la existencia de la nación, como dispone, imponiendo ciertos requisitos, el artículo 4, apartado 1, de dicho Pacto. Añadió, que, incluso prescindiendo de dichas situaciones excepcionales, procedía considerar inherentes a dicho derecho determinadas restricciones, tales como las limitaciones generalmente reconocidas por la comunidad de naciones conforme a la doctrina de la inmunidad de los Estados y de la OI. De tal manera, consideró que la limitación del derecho de acceso a los tribunales del demandante, consecuencia de la inmunidad de jurisdicción de que disfrutaban en principio, dentro del ordenamiento jurídico interno de los EMNU, las resoluciones del CS adoptadas en virtud del capítulo VII de la CNU, conforme a los principios pertinentes del Derecho internacional (en particular los artículos 25 y 103 de la Carta), resulta inherente a dicho derecho, tal como es garantizado por el *jus cogens*¹¹¹³. No obstante, se considera que, sobre este punto, el TPI incurre nuevamente en una interpretación errónea del concepto de *jus cogens*. En este sentido, se razona que habiendo determinado que los DDHH pertenecen a dicha categoría, y, por tanto, las obligaciones internacionales que de estos resultan, no son negociables o renunciables por los Estados; resulta lógico considerar que los Estados no pueden recurrir a la inmunidad para justificar sus violaciones a los DDHH. Finalmente, resulta difícil comprender la deferencia del TPI ante el principio de inmunidad puesto que, en términos de estricta jerarquía normativa, este no puede prevalecer por encima del *jus cogens*¹¹¹⁴.

Sobre este punto, el razonamiento empleado por el TPI da lugar a nuevos cuestionamientos. Aparentemente, el Tribunal considera que efectivamente, se ha infringido el derecho a la tutela judicial efectiva. No obstante, encuentra dichas restricciones justificadas, en la inmunidad que, de acuerdo con su razonamiento, resulta inherente a dicho derecho, tal y como es garantizado por el *jus cogens*. Al margen de la paradoja que resulta de considerar que un derecho que no admite acuerdo en contrario pueda ser derogado con fundamento en la doctrina de la inmunidad, cabe preguntarse si, efectivamente, la doctrina de inmunidad de jurisdicción resulta relevante para el caso que se presentaba ante el TPI. Tal interrogante, debe responderse en sentido negativo.

¹¹¹³ Kadi c. Consejo y Comisión, asunto T-315/01, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda Ampliada), Sentencia del 21 de septiembre de 2005, párr. 285-288.

¹¹¹⁴ Matteo M. Winkler, *Op. Cit.*, pp. 27-28.

Paradójicamente, una de las sentencias citadas por el Tribunal en aras de justificar el recurso a la inmunidad de jurisdicción en la resolución de *Kadi 2005*, sirve para confirmar dicha respuesta. En *Waite & Kennedy*¹¹¹⁵, los demandantes habían iniciado procedimientos ante un tribunal alemán, en contra de su empleador, en este caso la Agencia Espacial Europea (AEU). Sobre la base de que dicha OI gozaba de inmunidad frente a la jurisdicción alemana, la Corte se rehusó a revisar el caso. Ulteriormente, el TEDH confirmaría tal decisión, al determinar que, en su proceder, el tribunal alemán no había violado las disposiciones contenidas en el artículo 6 del CEDH. No obstante, aclaró que una de las razones fundamentales para justificar dicha inmunidad de jurisdicción, era el hecho de que los demandantes contaban con mecanismos de revisión capaces de proteger sus derechos con la suficiencia adecuada dentro de la propia AEU. Evidentemente, no ocurre lo mismo en relación al caso *Kadi*. Como se recordará, el demandante se quejaba precisamente de la falta de remedios legales disponibles a nivel Naciones Unidas. Indudablemente, no puede considerarse que el nivel de protección ofrecido en dicho plano revista tal suficiencia como para inhabilitar la revisión judicial por parte del TEDH, incluso, del TJCE¹¹¹⁶. El razonamiento aludido, se encuentra en la línea con el principio de no elusión -férreamente defendido por el propio TPI a fin de justificar la vinculación de la CE a la CNU-, de acuerdo con el cual, los Estados no pueden crear una OI que les permita sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones en un ámbito determinado¹¹¹⁷.

Igualmente, resultan inquietantes las afirmaciones realizadas por el TPI en el sentido de que no le correspondía verificar la inexistencia de error en la apreciación de los hechos y pruebas que el CS tuvo en cuenta para adoptar las medidas decididas por él, y ni siquiera controlar indirectamente la oportunidad o la proporcionalidad de tales medidas, salvo en lo que respecta al limitado ámbito del *jus cogens*. Tal aserción, evidencia los problemas relativos a la secrecía con que se ha manejado la información que conduce a la imposición de las sanciones terroristas del CS. Sin acceso a dicha información, resulta imposible para cualquier tribunal realizar una valoración adecuada de la legalidad y proporcionalidad de las medidas, lo cual, constituye precisamente el

¹¹¹⁵ *Waite & Kennedy c. Alemania*, Asunto no. 26083/91, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia del 18 de febrero de 1999.

¹¹¹⁶ Mielle Bulterman, "Fundamental Rights and the United Nations Financial Sanction Regime: The Kadi and Yusuf Judgments of the Court of First Instance of the European Communities", *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n° 3, 2006, p. 771-772.

¹¹¹⁷ Iain Cameron, *Op. Cit.*, pp. 193-194.

objeto de la revisión judicial. Tales problemas, adquieren una mayor dimensión en relación con las sanciones impuestas de forma centralizada en virtud del Régimen 1267, puesto que, a la fecha, no se han construido mecanismos institucionales que permitan la comunicación efectiva entre el Comité de Sanciones y los tribunales comunitarios, incluso, con cualquier otro tribunal en el mundo. No obstante, la falta de acceso a la información no debería de ser un obstáculo capaz de limitar el alcance de la revisión judicial en el plano europeo, tal y como demuestra un caso temprano relativo a la implementación de sanciones antiterroristas resuelto por la Décima División del Consejo Turco de Estado, actuando en calidad de tribunal de primera instancia. Así, en relación con el caso *Yasin al-Qadi*, dicha autoridad canceló las secciones relevantes de la Decisión de Gabinete de 22 de diciembre de 2001, por medio de la cual se habían congelado los activos del afectado. Su decisión, se basó en el hecho de que, la información y documentos del CS, sobre los cuales se alegaba la vinculación de al-Qadi con Al-Qaida, no fueron debidamente presentados ante la judicatura turca, de forma tal que esta pudiese valorarlos¹¹¹⁸.

De tal manera, no debe de sorprender el que en *Kadi 2008*, el TJ haya considerado que, ante la omisión del Consejo de la UE de proporcionar al Tribunal la información, evidencia o datos necesarios relativos a la determinación de las sanciones impugnadas; no se encontraba en condiciones de controlar la legalidad del reglamento controvertido en lo que respectaba al recurrente, de modo que procedía concluir que, por tal motivo igualmente, no se había respetado el derecho fundamental a un recurso jurisdiccional efectivo de que disfrutaba el recurrente. Habiendo sustituido el enfoque deferencial empleado por su predecesor, el TJ considera que la vulneración de todos los derechos impugnados por *Kadi* tiene su origen, precisamente, en la falta de acceso a la información. Consecuentemente, decidió que habida cuenta de que el Consejo de la UE no había dado traslado al recurrente de los datos utilizados en su contra como base de las medidas restrictivas que le fueron impuestas, ni le otorgó el derecho de tomar conocimiento de dichos datos en un plazo razonable tras la imposición de las medidas, el recurrente no se encontraba en condiciones de dar a conocer oportunamente su punto de vista a este respecto. Por lo tanto, no se respetaron los derechos de defensa del

¹¹¹⁸ Para un resumen del caso Al-Qadi véase: ‘Sexto informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones, establecido en virtud de las resoluciones del Consejo de Seguridad 1526 (2004) y 1617 (2005) relativas a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas’ (8 de marzo de 2007) UN Doc S/2007/132, para 8, Véase, Jessica Almqvist, *Op. Cit.*, pp. 326-327.

recurrente, ni en particular su derecho a ser oído. Además, al no haber sido informado de los datos utilizados en su contra y habida cuenta de las relaciones que existen entre los derechos de defensa y el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo, el recurrente tampoco pudo defender su derecho ante el juez comunitario en relación con tales datos en condiciones satisfactorias, por lo que también procedía constatar una violación de su derecho a un recurso jurisdiccional efectivo¹¹¹⁹.

De tal manera, se concluye que, aunque deseable, por el momento, la revisión directa de las resoluciones del CS a la luz del *jus cogens* representa serias complicaciones que no pueden ser superadas en el corto plazo. Por el contrario, la revisión indirecta de las resoluciones del CS en virtud de los DDHH que pueden ser afectados por la aplicación de las sanciones selectivas del CS para la lucha contra el terrorismo, ha posibilitado el desarrollo de mecanismos de revisión que, aunque imperfectos, permiten concebir la construcción de esquemas que jurídicamente revistan mayor coherencia para el futuro. Por ahora, la resolución del caso *Kadi II* ha confirmado la pretensión por parte del TJUE de entablar una relación del tipo Solange con la ONU. No obstante, el tiempo confirmará los términos en que evoluciona dicha relación. Con posterioridad a *Kadi II*, se han desahogado algunos casos adicionales con respecto a la implementación de las resoluciones legislativas del CS. Se observa, que algunas de las sentencias derivadas de tales asuntos confirman la línea jurisprudencial inaugurada en *Kadi* 2008, mientras que, otras tantas, se alejan de dicho estándar o bien, constituyen aportaciones novedales al proceso de revisión judicial expresiva que se desarrolla en el espacio geográfico europeo. De tales cuestiones, nos ocuparemos en la siguiente y última sección de la presente tesis doctoral.

9.3 Del Constitucionalismo Europeo al Constitucionalismo Coordinado: Efectos de la Revisión Judicial Expresiva

A través de la resolución del asunto *Kadi II*, el TJUE ha reafirmado los términos en que pueden revisarse indirectamente las resoluciones del CS en la UE. De esta forma, ha confirmado su intención de establecer una relación del tipo *Solange* con la ONU. Su jurisprudencia, ha sido emulada y ampliada por algunos tribunales nacionales y regionales radicados en Europa, lo cual de pie a considerar la emergencia de una

¹¹¹⁹ *Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo*, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), 3 de septiembre de 2008, Sentencia. Párr. 348-350.

incipiente comunidad global de tribunales, erigida en torno a la revisión judicial expresiva de las resoluciones del CS.

Mediante dicho ejercicio, han emergido esquemas de revisión indirecta a las resoluciones legislativas del CS, que controlan con cierto grado de éxito su implementación. No obstante, tanto la revisión indirecta de las resoluciones del CS, como el esquema de revisión judicial expresiva en torno al cual se ha desarrollado, presenta importantes limitantes que resulta imperativo considerar. En consecuencia, el dialogo sostenido entre los tribunales nacionales y regionales europeos y el CS, parece haber llegado a un punto muerto cuya superación dependerá de la voluntad política de los interlocutores, así como de su capacidad para imponer su propia visión del lugar que deben ocupar las obligaciones dimandas de la CNU ante el régimen internacional de los DDHH.

9.3.1 La Extrapolación Internacional del Principio Solange

En términos prácticos, la emisión de la sentencia *Kadi 2008* resultó en escaso beneficio para Yassin Abdullah Kadi. Como se recordará, al rendir su decisión, el TJUE concedió al Consejo de la UE un plazo no mayor a tres meses con el objeto de que remediase las violaciones constatadas a los DDHH del Sr. Kadi. Interesado en mantener activa la cooperación entre la UE y la ONU, y tomando en cuenta que, en última instancia, las alegaciones formuladas en contra del Sr. Kadi pudieran resultar ciertas, optó por una solución susceptible de dar continuidad a la implementación de las sanciones antiterroristas por parte de las instituciones comunitarias, al tiempo en que aminoraba los efectos perniciosos de los vicios en materia de garantías procesales asociados con estas¹¹²⁰. No obstante, la solución empleada por el Tribunal haría poco por aliviar la precaria situación de Kadi. En este sentido, se advierte que las instituciones comunitarias, específicamente, el Consejo de la UE y la Comisión Europea, interpretaron restrictivamente la decisión del TJUE, limitándose a verificar el cumplimiento de los requisitos procesales determinados por dicha autoridad para la correcta aplicación de las medidas de ejecución de las decisiones del CS a nivel comunitario. Nuevamente, se consideraron imposibilitadas para sustituir la discreción

¹¹²⁰ Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea, asunto T 85/09, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Séptima), Sentencia del 30 de septiembre de 2010, párr. 48.

del CS, o bien la de su órgano subsidiario, el Comité de Sanciones, por la suya. Por esta razón, de nueva cuenta, omitieron realizar cualquier apreciación de las pruebas sobre las cuales se sustentaba la designación de sanciones¹¹²¹. De esta forma, el Sr. Kadi regresaría al punto de partida que, en su andar por las instancias judiciales comunitarias, representó la presentación de su primera demanda ante el TPI. A casi diez años de dicho suceso, su situación jurídica permanecía en condiciones virtualmente idénticas: todavía, pesaba sobre él la calificación de terrorista internacional, misma que derivaba de la información y evidencia original por medio de las cuales, se había hecho acreedor a la congelación de sus activos mediante una decisión del Comité de Sanciones.

Tal situación, evidencia el carácter imperfecto del esquema de revisión emergido a raíz de *Kadi I*, máxime si se toma en cuenta que ha sucedido de manera generalizada. Recientemente, el Parlamento del Reino Unido publicó un reporte en el que reconocía la tensión imperante entre los objetivos en el ámbito de la política exterior perseguidos por la UE a través de la implementación de las sanciones selectivas del CS, y la necesidad de asegurar que los derechos concernientes al debido proceso de las personas sancionadas sean respetados, tal y como garantiza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En la opinión del Parlamento Británico, dicha tensión se evidencia en el número de anulaciones de alistamientos realizadas por el TG. De tal manera, consideró que a raíz de la resolución de *Kadi II* por parte del TJUE, el proceso de alistado a nivel UE había mejorado considerablemente. Señaló, que tanto el Consejo de la UE, como los Estados Miembros, habían puesto un énfasis mucho mayor en mejorar la calidad de la evidencia que llevaba a la imposición de sanciones¹¹²². No obstante, considerando que aún había espacio para mejorar, manifestó las siguientes inquietudes:

*We conclude that the Council should be less willing to re-list on amended reasons those individuals and companies who have succeeded in having their original listings struck down by the EU courts for lack of evidence. We are concerned that this practice gives rise to a perception of injustice, namely that there is no effective judicial remedy against sanctions listings*¹¹²³.

¹¹²¹ *Ibid.*, párr. 94, 104.

¹¹²² Parlamento del Reino Unido, “The Legality of EU Sanctions”, www.parliament.uk, 2017, disponible en <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldcom/102/10203.htm>

¹¹²³ *Ibid.*

Los hechos ocurridos entorno a la saga *Kadi*, resultan ilustrativos de la problemática identificada por el Parlamento del Reino Unido. Habiendo sido delistado como consecuencia de la sentencia *Kadi 2008*, el Sr. Kadi fue incluido nuevamente en la lista de sanciones, una vez que el Consejo de UE realizó una revisión de los hechos que condujeron a la aplicación original de las sanciones¹¹²⁴. De tal suerte, el Sr. Kadi se vio compelido a presentar una segunda demanda ante el TG, con miras a que se anulase nuevamente el reglamento por medio del cual se le había sancionado. *Prima facie*, el escenario en el que se desahogaría el juicio del que resultaría la sentencia *Kadi 2010*, se presentaba como uno de incertidumbre para la situación del demandante. No obstante, el juicio llegaría a representar la continuación de un diálogo entre las diversas instituciones comunitarias, mismo al que habría de sumarse el TEDH, propiciado mediante las posturas aparentemente contrarias manifestadas por los tribunales comunitarios a través de las sentencias *Kadi 2005* y *Kadi 2008*. Dicha negociación, se encontraba todavía inconclusa puesto que, en aquel momento, resultaba posible identificar divergencias en la concepción que los diversos actores comunitarios; tribunales, órganos legislativos y Estados Miembros, guardaban con respecto al rol que debería jugar la UE en la implementación de las sanciones selectivas del CS. En este contexto, las sentencias *Kadi 2010* y *Kadi 2013*, fungirían como limitantes tanto para el ejecutivo internacional como para el regional, que, consternados con la erradicación del fenómeno terrorista internacional, se encontraban indispuestos a sopesar su objetivo frente a cualquier otro valor jurídicamente protegido, incluyendo, la protección de los DDHH.

Eventualmente, la decisión alcanzada por el TG en *Kadi 2010*, resultaría en la anulación del reglamento impugnado. Evidenciando cierto resquemor¹¹²⁵, principalmente en relación con el abandono de la premisa de acuerdo a la cual, las decisiones del CS tomadas al amparo del Capítulo VII de la CNU deberían gozar de inmunidad de jurisdicción en virtud de los artículos 25 y 103 de dicho instrumento, el TG terminó aplicando lo que, a su juicio, comprendía la revisión judicial en «en principio completa» exigida por el TJ en *Kadi 2008*. Al aplicar dichos criterios,

¹¹²⁴ Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea, asunto T 85/09, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Séptima), Sentencia del 30 de septiembre de 2010, párr. 55, 60.

¹¹²⁵ Luis Miguel Hinojosa Martínez & Carmela Pérez Bernárdez, “El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en el Derecho en el Derecho de la Unión Europea y las Sanciones contra Al Qaeda”, en, Mariano J. Aznar Gómez (Coordinador), “Estudios de Derecho Internacional y de Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1569-1603. Se cita versión anterior a la impresión, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2465853, pp. 11-12.

resultaba imposible justificar las medidas impuestas y, por tanto, convalidar las desproporcionadas restricciones a los DDHH del afectado. No obstante, el TG observó la prevalencia en ciertos círculos jurídicos, de serias preocupaciones con respecto a la posibilidad de que una revisión judicial en tales términos, pudiese llegar a interferir con las prerrogativas del CS, en particular, por lo que atañe a la definición de lo que constituye una amenaza para la paz o la seguridad internacionales, así como la constatación de la existencia de dicha amenaza y la determinación de los medios para acabar con ella. De tal manera, tras subrayar que en el marco del proceso que le ocupaba, y en virtud del artículo 61 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹¹²⁶, no se encontraba vinculado por las cuestiones de derecho dirimidas por el TJ en *Kadi 2008*; el TG se lavó las manos, advirtiendo que, si debiere darse una respuesta a las dudas planteadas sobre dichos temas por las instituciones, los Estados miembros y los medios jurídicos interesados, a raíz de la sentencia *Kadi 2008* del TJ, le correspondería hacerlo a dicho tribunal en el marco de futuros asuntos de los que pudiera tener que conocer¹¹²⁷.

A través de dichos pronunciamientos, el TG pone de manifiesto la divergencia de posiciones con respecto a la relación entre el derecho comunitario y el ordenamiento jurídico internacional, todavía imperante durante el desahogo de *Kadi 2010*. De tal manera, aunque finalmente cedió ante el razonamiento del TJ, no desperdició la oportunidad para poner de relieve que la tesis que el TPI había construido en *Kadi 2005*, resultaba compartida no solo por las instituciones comunitarias, sino a la vez, por algunos de los Miembros de la UE. Contrario a lo sostenido en ciertos círculos¹¹²⁸, la deficiente protección en materia de DDHH asociada con las medidas de ejecución de las sanciones del CS, no generaría con prontitud una reacción del tipo *Solange* por parte de los Miembros de la UE. De esta forma, puede explicarse el hecho de que, ulteriormente, al recurrir la sentencia *Kadi 2010*, la Comisión Europea y el Consejo de la UE no solo

¹¹²⁶ El artículo 61 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece: Cuando se estime el recurso de casación, el Tribunal de Justicia anulará la resolución del Tribunal General. En tal caso, el Tribunal de Justicia podrá o bien resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita, o bien devolver el asunto al Tribunal General para que este último resuelva. En caso de devolución, el Tribunal General estará vinculado por las cuestiones de derecho dirimidas por la resolución del Tribunal de Justicia. Cuando se estime un recurso de casación interpuesto por un Estado miembro o una institución de la Unión que no haya intervenido en el litigio ante el Tribunal General, el Tribunal de Justicia, si lo estima necesario, podrá indicar cuáles son los efectos de la resolución del Tribunal General anulada que deben considerarse como definitivos respecto de las partes en el litigio.

¹¹²⁷ Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea, asunto T 85/09, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Séptima), 30 de septiembre de 2010, Sentencia, párr. 112-121.

¹¹²⁸ Véase, por ejemplo: Jean d'Aspremont & Frédéric Dopagne, *Op. Cit.*, pp. 376-377.

hayan contado con el apoyo de Francia y el Reino Unido, sino que, además, se hayan sumado a su causa prácticamente la mitad de los Miembros de la UE¹¹²⁹. No obstante, al mantener su postura frente a las opiniones adversas de los respectivos actores comunitarios, el TJUE terminaría imponiendo su versión particular, internacional y multidimensional del principio *Solange*, al sostener, pese a ciertas discrepancias en cuanto al razonamiento, la decisión del TG en *Kadi 2010* por medio de la sentencia en apelación que a la postre rendiría.

Siendo que los pronunciamientos realizados en *Kadi 2008* prevenían hasta cierto grado que las instituciones de la UE avanzaran nuevamente el argumento relativo a la inmunidad de las resoluciones del CS, en *Kadi 2010*, las autoridades demandadas concentraron esfuerzos en tratar de limitar el alcance de la revisión judicial exigida por el TJ. De acuerdo con dichas instituciones, el TJ había omitido precisar el alcance que pudiera llegar a tener tal revisión en lo tocante a la valoración de los motivos que conducen a la implementación individual de las medidas de congelamiento. En su entender, el TJ únicamente había realizado el control jurisdiccional de tales motivos limitándose a la verificación el respeto a las garantías procesales por parte de la autoridad comunitaria afectada. Buscando mantener tal parámetro, señalaron que correspondía al TG determinar, por primera vez, el alcance de dicho control. Evidentemente, sus pretensiones iban orientadas al establecimiento de un estándar de revisión sustancialmente limitado, por medio del cual, pudiese evitarse el riesgo de interferir con la misión primordial del CS, consistente en la preservación de la paz y seguridad internacionales a través de la lucha contra el terrorismo internacional. De igual manera, buscaban evitar que, a través de la anulación de las medidas comunitarias de ejecución, el TG terminase sustituyendo la apreciación del Comité de Sanciones por la suya propia, generando obligaciones incompatibles con la CNU para los Miembros de la UE¹¹³⁰.

De haber prevalecido, el esquema de revisión planteado por las instituciones comunitarias hubiese significado un retroceso en el grado de protección a los DDHH de

¹¹²⁹ Además de los Estados referidos, la Comisión y el Consejo de la UE fueron apoyados por la República de Bulgaria, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, Hungría, el Reino de los Países Bajos, la República Eslovaca, la República de Finlandia, la República Checa, el Reino de Dinamarca, Irlanda, el Reino de España, y la República de Austria. Véase proemio de la sentencia: *Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea*, asuntos acumulados C 584/10 P, C 593/10 P y C 595/10 P, Tribunal General de la Unión Europea (Gran Sala), 18 de julio de 2013.

¹¹³⁰ *Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea*, asunto T 85/09, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Séptima), Sentencia del 30 de septiembre de 2010, párr. 91, 97, 100, 102, 107, 109-111.

los afectados, por medio del cual, se obtendrían resultados similares a aquellos surgidos de la aplicación del estándar basado en el *jus cogens* empleado por el TPI en *Kadi 2005*. Al construirse sobre la premisa de que la discreción del CS no admite cuestionamiento alguno, el alcance propuesto por las instituciones comunitarias únicamente permitiría controlar la imposición de aquellas medidas cuya decisión fuese manifiestamente errónea. Considerando, que desde esta postura resulta imposible disociar la decisión general por medio de la cual el CS determinó la instauración de un régimen de sanciones selectivas de la aplicación concreta e individual de las sanciones que derivan de dicho régimen, una revisión en tales términos, terminaría verificando la legalidad de la aplicación individual de sanciones en todos los casos, puesto que, con base a dichos estándares, no puede considerarse que la restricción a los derechos de propiedad de ciertos individuos resulte desproporcional a la realización de los valores mismos para los que fue creada la ONU. Sin embargo, la referida postura confunde el acto por medio del cual el CS determina la existencia de una amenaza a la paz con la aplicación específica de las medidas a emplear para combatirla. En mi opinión, lejos de socavar el sistema de seguridad colectiva, la revisión de la proporcionalidad de las medidas de congelamiento, así como aquella respectiva a la verosimilitud de las pruebas que dieron lugar a su aplicación individual, pueden llegar a reafirmar la legalidad de los regímenes de sanciones selectivas. Discutiblemente, la revisión sustantiva de las medidas comunitarias de ejecución pudiera remediar las aplicaciones erróneas o excesivas de las decisiones del CS. Cabe señalar, que a menudo se pasa por alto que, al revisar la aplicación de las medidas de congelamiento de activos, en realidad no se revisan las decisiones del CS, sino que, más bien, se pone en entredicho la aplicación concreta de las medidas que resultan de tales decisiones por parte de uno de sus organismos subsidiarios, en este caso, el Comité de Sanciones¹¹³¹.

No obstante, habiendo manifestado sus reservas con respecto al razonamiento del TJ, el TG consideró que le correspondía garantizar, tal como dicho Tribunal había declarado en su sentencia *Kadi 2008*, un control, «en principio completo», de la legalidad del reglamento impugnado desde el punto de vista de los derechos fundamentales, sin dejar que dicho reglamento disfrutase de ninguna inmunidad de jurisdicción por el hecho de estar destinado a aplicar resoluciones aprobadas por el CS

¹¹³¹ *Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo*, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 3 de septiembre de 2008, párr. 285-286.

en virtud del capítulo VII de la CNU. De tal manera, consideró que limitar el alcance y la intensidad del control jurisdiccional de la manera defendida por las instituciones comunitarias no equivaldría a realizar un control jurisdiccional efectivo del tipo exigido por el TJ, sino a un simulacro de dicho control. Añadió, que ello equivaldría fácticamente a adoptar el enfoque seguido por el TPI en su sentencia *Kadi 2005*, de la que el TJ, en su sentencia de casación, había declarado que adolecía de un error de Derecho. Adicionalmente, despejó toda duda con respecto a la intención del TJUE de propiciar una relación extracomunitaria del tipo *Solange*, al señalar que la revisión judicial en los términos descritos, debería prevalecer, tal y como había señalado el TJ en su sentencia *Kadi 2008*, en tanto resultase evidente que los procedimientos de revisión aplicados por el Comité de Sanciones continuaban sin ofrecer las garantías propias de una tutela judicial efectiva¹¹³².

Por medio de dicho señalamiento, el TG negocia lo que a todas luces considera la aceptación de una premisa errónea, a saber, que los actos destinados a aplicar resoluciones aprobadas por el CS en virtud del capítulo VII de la CNU carecen de inmunidad de jurisdicción en el ordenamiento comunitario. Aparentemente, realiza una advertencia al TJ en el sentido de que, si en algún momento se replanteasen los procedimientos de revisión ante el Comité de Sanciones, de forma tal que resultasen compatibles con la modalidad de revisión determinada en *Kadi 2008*; correspondería al TJUE cesar el control de los actos de comunitarios que implementan las medidas de congelamiento de activos. Habiendo expresado dicha reserva, el TG rindió un fallo, que, tal como *Kadi 2008*, condiciona la aplicación de los DDHH al Principio *Pro Homine*. Naturalmente, su decisión resultaría diametralmente distinta a aquella que, por medio de una valoración anclada en el *jus cogens*, se había alcanzado en *Kadi 2005*.

De tal manera, mientras que en *Kadi 2005* se había decidido que el procedimiento diplomático de remoción ante el Comité de Sanciones constituía una «vía razonable para proteger adecuadamente los derechos del demandante tal como son reconocidos por el *ius cogens*»¹¹³³; en esta ocasión, el TG advertía que, tal y como había señalado el TJ en *Kadi 2008*, los mecanismos de revisión ante dicho Comité, incluso tras haber sido mejorados, no podían asimilarse al establecimiento de un recurso jurisdiccional efectivo

¹¹³² Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea, asunto T 85/09, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Séptima), Sentencia del 30 de septiembre de 2010, párr. 123, 126-127.

¹¹³³ Kadi c. Consejo y Comisión, asunto T-315/01, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda Ampliada), Sentencia del 21 de septiembre de 2005, párr. 290.

contra sus decisiones. En este sentido, consideró que ni el mecanismo del punto focal ni la Oficina del Ombudsman ponían en entredicho el principio de que la exclusión de una persona de la lista del Comité de Sanciones requería de un consenso en el seno de dicho Comité. Asimismo, señaló que la elección de los elementos de prueba que podían revelarse al interesado continuaba dependiendo totalmente de la voluntad del Estado que había propuesto la inclusión de éste en la lista del Comité de Sanciones, y que ningún mecanismo garantizaba que el interesado dispusiera de suficientes elementos de información como para permitirle defenderse eficazmente. En tales circunstancias, decidió que el control ejercido por el juez comunitario sobre las medidas comunitarias de congelación de fondos únicamente podría considerarse efectivo si recaía, indirectamente, sobre las apreciaciones de fondo realizadas por el propio Comité de Sanciones, así como sobre los elementos en que se basaban dichas apreciaciones¹¹³⁴.

De esta forma, el TG refutaba los señalamientos realizados por las instituciones comunitarias, en el sentido de que el TJ había omitido precisar el alcance e intensidad de la revisión que debía realizarse sobre los actos comunitarios de implementación de las medidas de congelación de activos. Apoyado por la jurisprudencia del TJUE, demostró que dicho órgano jurisdiccional había querido que el control jurisdiccional de las medidas, «en principio completo», recayera no solo sobre la aparentemente correcta fundamentación de la que estas disfrutaban, sino, también, sobre los elementos de prueba e información en los que se basaban las apreciaciones que conducían a su implementación. Seguidamente, probablemente conducido por la intención de refrendar su postura como corte constitucional europea, señaló que siendo que el TJ había reproducido en *Kadi 2008* lo esencial de la motivación desarrollada por el propio TPI en la sentencia *OMPI* en relación con las violaciones alegadas del derecho de defensa y del derecho a un recurso jurisdiccional efectivo, procedía deducir que dicho Tribunal, había aprobado y hecho suyos el alcance y la intensidad del control jurisdiccional que él mismo había efectuado en el asunto que dio lugar a dicha sentencia. De tal manera, consideró que el alcance e intensidad del control jurisdiccional de las medidas comunitarias de congelamiento de activos, debía definirse en base a los principios

¹¹³⁴ Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea, asunto T 85/09, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Séptima), Sentencia del 30 de septiembre de 2010, párr. 128-129.

sentados en *OMPI*, así como en su jurisprudencia subsiguiente relativa a dicho ámbito contencioso¹¹³⁵.

Apelando a la inclinación internacionalista del TG, la Comisión Europea le había solicitado distinguir entre dos niveles de control jurisdiccional, según la medida de que se trate constituya o no el ejercicio de una facultad propia que implique una apreciación discrecional de la UE. Con base en la sentencia *OMPI*, entendió que el TPI había definido un nivel de control calificado de “limitado”, que se extiende a la valoración de los hechos y circunstancias que se invocan para justificar la medida de congelación de fondos de que se trate, así como a la comprobación de los elementos de prueba e información en los que se fundamenta dicha valoración, sin que, sin embargo, el juez comunitario pueda sustituir la valoración que efectúen las instituciones comunitarias de las pruebas, hechos y circunstancias que justifiquen la medida, por la suya propia. Añadió, que, de acuerdo con dicho razonamiento, el TG debería limitarse a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos y la inexistencia de error manifiesto de apreciación de los hechos y de desviación de poder. A juicio de la Comisión, este control limitado se aplica, en particular, a la valoración de las consideraciones de oportunidad sobre las que se basa la medida de congelación de fondos. De tal suerte, contrario a lo expresado por el demandante, la Comisión entendió que el nivel de control descrito no era aplicable a un asunto como el que se desahogaba, en el que se trata de un acto comunitario adoptado, conforme a la voluntad unánimemente expresada por los Estados miembros en la Posición Común 2002/402/PESC del Consejo de la UE, de 27 de mayo de 2002, por la que se adoptan medidas restrictivas contra Usamah bin Ladin, los miembros de la organización Al-Qaida, los talibanes y otras personas, grupos, empresas y entidades asociadas a ellos, con el fin de aplicar de forma colectiva las sanciones individuales directamente decididas contra individuos y entidades designados nominalmente por el Comité de Sanciones¹¹³⁶.

No obstante, el TG rechazó dicho razonamiento cuando, tras explicar las justificaciones que le llevaron a aplicar el estándar de protección desarrollado en *OMPI* al caso *Kadi 2010*, en vez de aquel surgido a raíz de *Kadi 2005*, advirtió, que esto resultaba posible habida cuenta de que se admitía la premisa, establecida en la sentencia

¹¹³⁵ *Ibid.*, párr. 131-139.

¹¹³⁶ *Ibid.*, párr. 86-88.

Kadi 2008 del TJ, de que tales actos no están sujetos a ninguna inmunidad de jurisdicción por el hecho de que estén dirigidos a aplicar resoluciones aprobadas por el CS en virtud del capítulo VII de la CNU¹¹³⁷. Habiendo aceptado dicha premisa, el TG pudo ubicarse en una posición a través de la cual, resultaba posible que aquellas medidas anteriormente calificadas de adecuadas y proporcionales a los fines de Naciones Unidas, fueran re-conceptualizadas como «particularmente opresivas» para los destinatarios. Desde esta óptica, aludió al caso específico del Sr. Kadi, llegando incluso a cuestionarse si la apreciación realizada por el TPI en su sentencia *Kadi 2005*, y reproducida en esencia por el TJ en su sentencia *Kadi 2008*, según la cual la congelación de fondos es una medida cautelar que, a diferencia de una confiscación, no afecta a la propia esencia del derecho de propiedad de los interesados sobre sus activos financieros, sino únicamente a la utilización de los mismos, no debería ponerse en entredicho, ahora que ya habían transcurrido aproximadamente diez años desde la congelación inicial de los fondos del demandante¹¹³⁸.

Asimismo, cuestionó la afirmación del CS, recordada en diversas ocasiones y, en particular, en su resolución 1822 (2008), según la cual las medidas en cuestión «son de carácter preventivo y no se basan en criterios penales establecidos en el derecho interno». Para tales efectos, consideró que, en una vida humana, diez años representan una duración considerable, y la calificación de las medidas en cuestión como medidas de carácter preventivo o represivo, cautelar o confiscatorio, civil o penal, parecía, en lo sucesivo, abierta. Finalmente, se refirió a la opinión de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que, en un reporte para la AGNU de 2 de septiembre de 2009, titulado «Informe de la Alta Comisionada de las Naciones para los Derechos Humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo» (Documento A/HRC/12/22, apartado 42), había señalado lo siguiente: “Dado que la inclusión en la lista no está cerrada, eso puede dar lugar a que la congelación temporal de activos pase a ser permanente, lo que, a su vez puede entrañar un castigo penal debido a la severidad de la sanción. Con ello se corre riesgo de ir más allá del objetivo de las Naciones Unidas de luchar contra la amenaza terrorista planteada por un caso individual. Además, no hay uniformidad en lo concerniente a las normas y los procedimientos probatorios. Ello plantea graves problemas de derechos humanos, ya

¹¹³⁷ *Ibid.*, párr. 151.

¹¹³⁸ *Ibid.*, párr. 148-150.

que las decisiones punitivas deben ser judiciales o poder ser objeto de una revisión judicial”¹¹³⁹.

Pese a las reservas manifestadas, una vez realizado el cambio de enfoque, el TG emprendió una revisión judicial en términos similares a aquella realizada por el TJ en *Kadi 2008*. Inspirado en dicha sentencia, consideró que resultaba evidente, a la vista de las alegaciones y de las explicaciones esgrimidas por la Comisión y por el Consejo de la UE, en particular en el marco de sus observaciones preliminares sobre el alcance del control jurisdiccional apropiado, que el derecho de defensa del demandante únicamente se había “respetado” de manera meramente formal y aparente, dado que, en realidad, la Comisión había considerado que estaba rigurosamente obligada a seguir las apreciaciones del Comité de Sanciones y en ningún momento contempló poner dichas apreciaciones en entredicho a la luz de las observaciones del demandante. De tal manera, consideró que la Comisión no había tenido debidamente en cuenta la opinión expresada por el interesado, de modo que el demandante no había tenido la posibilidad de exponer oportunamente su punto de vista. Además, señaló que el procedimiento seguido por la Comisión, a raíz de la solicitud del demandante, no le había dado ningún acceso, ni siquiera mínimo, a los elementos de prueba utilizados en su contra. En realidad, dicho acceso había sido denegado al interesado a pesar de su solicitud expresa, sin ponderar, por una parte, sus intereses y, por otra, la necesidad de proteger la confidencialidad de la información en cuestión. En estas circunstancias, consideró que los escasos elementos de información y las vagas alegaciones que figuraban en el resumen de motivos resultaban manifiestamente insuficientes para permitir al demandante refutar de forma eficaz las acusaciones de las que era objeto, en relación con su supuesta participación en actividades terroristas¹¹⁴⁰.

Considerando que la Comisión Europea no había hecho ningún esfuerzo serio para refutar los elementos en su descargo esgrimidos por el demandante, el TG dedujo que el reglamento impugnado se había adoptado violando su derecho a la defensa. Asimismo, entendió como evidente que la posibilidad que tenía el demandante de ser oído por el Comité de Sanciones, en el marco del procedimiento de revisión, con vistas a obtener su exclusión de la lista de dicho Comité, no permitía subsanar la referida violación de su derecho de defensa. Además, al no haber tenido ningún acceso real a la información ni a

¹¹³⁹ *Ibid.*

¹¹⁴⁰ *Ibid.*, párr. 171-174.

los elementos de prueba utilizados en su contra y habida cuenta de las relaciones que existen entre los derechos de defensa y el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo, decidió que el demandante tampoco había podido defender sus derechos ante el juez comunitario en relación con tales elementos en condiciones satisfactorias, por lo que también procedía constatar una violación de su derecho a un recurso judicial efectivo. Finalmente, habiendo determinado que el reglamento impugnado fue adoptado sin ofrecer garantía real alguna que permitiese al demandante exponer su caso a las autoridades competentes, y ello en unas circunstancias en las que la restricción de su derecho de propiedad debía calificarse de considerable, habida cuenta del alcance general y de la persistencia de las medidas de congelación que le fueron impuestas, decidió que, la imposición al demandante de las medidas restrictivas establecidas por el reglamento controvertido, constituía una restricción injustificada de su derecho de propiedad¹¹⁴¹.

De tal manera, a través de la consideración de un hipotético escenario en donde la mejora de los procedimientos de remoción ante el Comité de Sanciones devengue innecesario el control judicial de los actos a través de los cuales se ejecutan tales resoluciones, los órganos que integran el TJUE consiguen ponerse de acuerdo sobre los términos en que, hasta la ocurrencia de ese incierto escenario, podrán emprender la revisión judicial de tales actos. Todavía, la sentencia *Kadi 2013* resultaría en una confirmación adicional de dicha postura. Tal situación, se infiere de las numerosas alusiones que contiene sobre un posible repliegue por parte del TJUE una vez que el CS subsane las deficiencias en sus procesos sancionadores. Adicionalmente, la sentencia resulta indicativa de la intención por parte del TJUE de continuar ejerciendo dicho control a través de una revisión judicial sustantiva de la aplicación concreta de las medidas. Finalmente, aunque la sentencia implica la terminación del dialogo sostenido entre los diversos actores comunitarios involucrados en la implementación de las sanciones antiterroristas del CS, también representa un *impasse* entre la negociación sostenida por la UE y el CS. En este sentido, se observa que dicha sentencia descalifica nuevamente al procedimiento de remoción a nivel Naciones Unidas, considerándolo insuficiente, incluso tras haber sido modificado extensamente hasta llegar a sus condiciones actuales. Por su parte, el CS ha mantenido inalterado el proceso de remoción ante el Comité de Sanciones, de forma tal que, en su estado actual, ya no se

¹¹⁴¹ *Ibid.*, párr. 178-181, 192-193.

requiere del consenso de sus Miembros para lograr la exclusión de la lista. No obstante, todavía, cualquier Miembro del Comité tiene la facultad de remitir un asunto al CS para que emita una determinación final. En este escenario, no puede considerarse que los afectados tengan una oportunidad real, o bien, justa y equitativa para defender su causa. Por ello, salvo que un futuro cercano presenciemos una concesión significativa, bien sea por parte del CS, o bien por parte del TJUE, resulta lógico considerar que la revisión por parte de dicho tribunal de los actos de implementación de las resoluciones del CS seguirá llevándose a cabo.

Al rendir la sentencia *Kadi 2013*, el TJ tendría que responder a las inquietudes planteadas por las instituciones comunitarias, así como por un número significativo de Miembros de la UE. A grandes rasgos, los motivos invocados por tales actores en apoyo a sus recursos de casación podían resumirse en tres. Primeramente, señalaban un error de derecho por parte del TG, en el sentido de que no había reconocido inmunidad de jurisdicción al reglamento impugnado. Asimismo, advertían un error de derecho en cuanto al grado de intensidad del control jurisdiccional determinado en la sentencia recurrida. Finalmente, alegaban un tercer motivo de casación, basado en los supuestos errores cometidos por el TG al examinar los motivos invocados por el Sr. Kadi en relación con la violación de sus derechos a la defensa y a la tutela judicial efectiva, así como al principio de proporcionalidad. Sin realizar concesión alguna, el TJ desestimó el primer motivo de casación invocado por los recurrentes. En este sentido, advirtió que los diferentes factores que respaldaban la solución alcanzada en *Kadi 2008* no habían experimentado evolución alguna que pudiera justificar que se pusiera de nuevo en entredicho tal solución. Precisó, que tales factores están relacionados con la garantía constitucional que representa, en una Unión de Derecho, el control jurisdiccional de la legalidad de todo acto de la Unión –incluidos aquellos que aplican un acto de Derecho internacional– desde el punto de vista de los derechos fundamentales garantizados por la Unión. Por otra parte, señaló que la inexistencia de inmunidad de jurisdicción en el caso de los actos de la Unión que aplican medidas restrictivas a nivel internacional había sido confirmada por la sentencia de 3 de diciembre de 2009 en el caso *Hasan y Ayadi/Consejo y Comisión*¹¹⁴², y, más recientemente, por la sentencia de 16 de

¹¹⁴² *Hassan & Ayadi c. Consejo*, asuntos acumulados C-399/06 P & C-403/06 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), Sentencia del 3 de diciembre de 2009, párr., 60-62.

noviembre de 2011 en el caso *Bank Melli Iran/Consejo*¹¹⁴³ en la que se afirma, basándose en la sentencia *Kadi* 2008 que, sin que ello obste a la primacía de las resoluciones del CS en el plano internacional, el respeto a las decisiones del CS al que están obligadas las instituciones comunitarias no puede conllevar la falta de control de la legalidad de tales actos de la Unión desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho de la Unión¹¹⁴⁴.

Seguidamente, el TJ procedió al análisis conjunto del segundo y tercer motivo de casación alegados, al estimar que ambos pretendían denunciar los supuestos errores de derecho incurridos por el TG al interpretar el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva en *Kadi* 2010. De tal manera, tras reiterar minuciosamente el debido manejo de la información y evidencia que justifica la adopción inicial de las medidas tal y como lo había establecido *Kadi* 2008, advirtió que en aquellos casos que tratasen sobre una decisión que, como la que se encontraba examinando, mantuviera el nombre de la persona de que se trate en la lista anexada a un reglamento, y a diferencia del caso de una inclusión inicial en la lista, el cumplimiento de esta doble obligación de procedimiento debe preceder a la adopción de dicha decisión. De esta forma, cuando la persona afectada formule observaciones sobre el resumen de motivos, la autoridad competente de la Unión estará obligada a examinar, de modo cuidadoso e imparcial, la fundamentación de los motivos alegados, teniendo en cuenta tales observaciones y las eventuales pruebas de descargo que las acompañen. Incumbe así a dicha autoridad valorar, habida cuenta del contenido de esas eventuales observaciones, la necesidad de solicitar la colaboración del Comité de Sanciones y, a través de este último órgano, del Miembro de la ONU que haya propuesto la inclusión de la persona afectada en la lista consolidada de dicho Comité, a fin de conseguir –dentro del clima de cooperación adecuada que, con arreglo al artículo 220 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), apartado 1, debe presidir las relaciones de la Unión con los órganos de las Naciones Unidas en materia de lucha contra el terrorismo internacional– que se le

¹¹⁴³ *Bank Melli c. Consejo*, asunto C-548/09 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 16 de noviembre de 2011.

¹¹⁴⁴ *Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea*, asuntos acumulados C 584/10 P, C 593/10 P y C 595/10 P, Tribunal General de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 18 de julio de 2013, párr. 59, 66-67.

comuniquen los datos o pruebas, confidenciales o no, que le permitan cumplir su deber de examen cuidadoso e imparcial¹¹⁴⁵.

Para el TJ, sin llegar al punto de imponer una respuesta detallada a las observaciones formuladas por la persona afectada antes de que se adopte la decisión de incluir o mantener su nombre en la lista que figura en el anexada al reglamento, el deber de motivación establecido en el artículo 296 TFUE exige en cualquier circunstancia, incluso cuando la motivación del acto de la Unión concuerde con los motivos expuestos por un órgano internacional, que dicha motivación identifique las razones individuales, específicas y concretas por las que las autoridades competentes consideren que la persona afectada debe ser objeto de medidas restrictivas. De tal manera, en el caso de un procedimiento judicial, en el que la persona afectada haya impugnado la legalidad de la decisión de incluir o mantener su nombre en la lista anexada a un reglamento, el control del juez de la Unión debe centrarse en la observancia de las normas formales y de competencia, y en la cuestión, allí incluida, del carácter apropiado o no del fundamento jurídico. Además, el juez de la Unión debe verificar si la autoridad competente de la Unión ha respetado las garantías de procedimiento arriba mencionadas y el deber de motivación establecido en el artículo 296 TFUE, y en particular comprobar si los motivos invocados son suficientemente precisos y concretos¹¹⁴⁶.

Añadió, que la efectividad del control jurisdiccional garantizado por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión¹¹⁴⁷ exige igualmente que, al controlar la legalidad de los motivos en que se basa la decisión de incluir o mantener el nombre de una persona concreta en la lista anexada a un reglamento comunitario, el juez de la Unión se asegure de que dicha decisión, que constituye un acto de alcance individual para dicha persona, dispone de unos fundamentos de hecho suficientemente sólidos. Ello implica verificar los hechos alegados en el resumen de motivos en que se basa dicha decisión, de modo que el control jurisdiccional no quede limitado a una

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, párr. 70, 97-115.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*, párr. 116-118.

¹¹⁴⁷ El artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece: Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

apreciación de la verosimilitud abstracta de los motivos invocados, sino que examine la cuestión de si tales motivos, o al menos uno de ellos que se considere suficiente, por sí solo, para fundamentar tal decisión, están o no respaldados por hechos. A estos efectos, incumbe al juez de la Unión proceder a ese examen solicitando, en su caso, a la autoridad competente de la Unión que presente los datos o pruebas, confidenciales o no, pertinentes para ese examen. Dicha autoridad, debe acreditar, en caso de impugnación, que los motivos invocados contra la persona afectada son fundados, y no es dicha persona quien debe aportar la prueba negativa de la carencia de fundamento de tales motivos. Para ello, no se exige que dicha autoridad presente ante el juez de la Unión todos los datos y pruebas inherentes a los motivos expuestos en el resumen de motivos facilitado por el Comité de Sanciones. Sin embargo, es preciso que los datos o pruebas presentados respalden los motivos invocados contra la persona afectada¹¹⁴⁸.

De tal suerte, determinó que si a la autoridad competente de la Unión le resulta imposible acceder a lo solicitado por el juez de la Unión, este último deberá entonces basarse únicamente en los datos que le han sido comunicados, en el caso particular del Sr. Kadi, la información recogida en el resumen de motivos facilitado por el Comité de Sanciones, las observaciones y pruebas de descargo que haya podido presentar la persona afectada y la respuesta de la autoridad competente de la Unión a tales observaciones. Si tales datos no permiten constatar que un motivo es fundado, el juez de la Unión no tomará en consideración tal motivo como base de la decisión de incluir en la lista o de mantener en ella a la persona afectada. Si, por el contrario, la autoridad competente de la Unión presenta datos o pruebas pertinentes, el juez de la Unión deberá verificar la exactitud material de los hechos alegados a la vista de tales datos o pruebas, y evaluar la fuerza probatoria de estos últimos en función de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta las eventuales observaciones presentadas sobre los mismos por la persona afectada¹¹⁴⁹.

Posteriormente, el TJ reconoció la posibilidad de que en ciertos casos puedan existir consideraciones imperiosas relacionadas con la seguridad de la UE o de sus Miembros o con la gestión de sus relaciones internacionales que se opongan a que se comuniquen ciertos datos o pruebas a la persona afectada. No obstante, advirtió, que en tales

¹¹⁴⁸ Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea, asuntos acumulados C 584/10 P, C 593/10 P y C 595/10 P, Tribunal General de la Unión Europea (Gran Sala), 18 de julio de 2013, Sentencia, párr. 119-122.

¹¹⁴⁹ *Ibid.*, párr. 123-124.

supuestos, incumbe al juez de la Unión, a quien no cabe oponer el secreto o la confidencialidad de tales datos o pruebas, aplicar técnicas que, en el contexto del control jurisdiccional ejercido por él, permitan conciliar, por una parte, las consideraciones legítimas de seguridad en cuanto a la naturaleza y a las fuentes de la información tenida en cuenta para adoptar el acto de que se trate y, por otra, la necesidad de garantizar en grado suficiente al justiciable el respeto de sus derechos procedimentales, tales como el derecho a ser oído y el principio de contradicción. A estos efectos, incumbe al juez de la Unión verificar, mediante un examen de todos los datos de hecho y de Derecho aportados por la autoridad competente de la Unión, si son fundadas las razones que dicha autoridad ha invocado para oponerse a esa comunicación. Si el juez de la Unión llega a la conclusión de que tales razones no se oponen a la comunicación, al menos parcial, de los datos o pruebas de que se trata, ofrecerá a la autoridad competente de la Unión la posibilidad de comunicarlos a la persona afectada. Si dicha autoridad se opone a la comunicación total o parcial de tales datos o pruebas, el juez de la Unión procederá entonces a examinar la legalidad del acto impugnado basándose únicamente en los datos que hayan sido comunicados. En cambio, si queda de manifiesto que las razones invocadas por la autoridad competente de la Unión se oponen efectivamente a la comunicación a la persona afectada de datos o pruebas presentados ante el juez de la Unión, será necesario alcanzar un equilibrio apropiado entre las exigencias derivadas del derecho a una tutela judicial efectiva, y en particular del respeto del principio de contradicción, por una parte, y las derivadas de la seguridad de la Unión o de los Estados miembros o de la gestión de sus relaciones internacionales¹¹⁵⁰.

Para el TJUE, dicho equilibrio puede alcanzarse recurriendo a posibilidades tales como comunicar un resumen del contenido de los datos o pruebas de que se trate. En todo caso, corresponde al juez de la Unión apreciar si la falta de comunicación de datos o pruebas confidenciales a la persona afectada y la consiguiente imposibilidad de que ésta formule observaciones sobre los mismos tienen entidad suficiente para afectar a la fuerza probatoria de las pruebas confidenciales, y de ser así en qué medida. Habida cuenta del carácter preventivo de las medidas restrictivas de que se trata, si al controlar la legalidad de la decisión impugnada el juez de la Unión considera que al menos uno de los motivos mencionados en el resumen de motivos facilitado por el Comité de

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, párr. 125-128.

Sanciones es lo bastante preciso y concreto, que está respaldado por hechos y que constituye, por sí solo, una base suficiente para fundamentar la decisión, la circunstancia de que otros de esos motivos no presenten tales características no puede justificar la anulación de dicha decisión. En caso contrario, el juez de la Unión anulará la decisión impugnada¹¹⁵¹.

De esta forma, el TJ contestaba en sentido negativo a la interrogante relativa al posible carácter penal de las sanciones planteada por el TG en *Kadi 2010*. No obstante, advirtió que, pese a su carácter preventivo, las medidas afectan negativamente de modo significativo las libertades y derechos de los afectados, debido, por una parte, a la profunda perturbación de la vida profesional y familiar causada por las restricciones al ejercicio de su derecho de propiedad que se derivan del alcance general de tales medidas y, de la duración efectiva de su período de aplicación y, por otra parte, al oprobio y a la desconfianza públicos que suscitan hacia los sancionados. En estas circunstancias, el control de las medidas resulta tanto más indispensable cuanto que, pese a las mejoras introducidas en los procedimientos de eliminación de la lista y de revisión de oficio de la misma establecidos a nivel de la ONU, estos, continuaban sin ofrecer las garantías de una tutela judicial efectiva a las personas cuyos nombres figuraban en la lista consolidada del Comité de Sanciones y, en consecuencia, en la lista correspondiente al reglamento europeo que traspone dichas medidas. Para el TJ, esto resulta inaceptable puesto que una tutela judicial efectiva debe permitir que la persona afectada logre que el juez declare, mediante una sentencia anulatoria en virtud de la cual el acto impugnado queda eliminado retroactivamente del ordenamiento jurídico como si nunca hubiera existido, que la inclusión o el mantenimiento de su nombre en la lista de que se trata adoleció de una ilegalidad, cuyo reconocimiento pueda rehabilitar a dicha persona o constituir para ella un modo de reparar el perjuicio moral sufrido¹¹⁵².

Prima facie, resulta complicado entender la negativa del TJ a cerrar la calificación de las medidas de congelamiento que el TG había dejado “abierta” en *Kadi 2010*, en tanto a que pudo haber imprimido autoridad judicial a las opiniones doctrinarias que correctamente argumentaban el carácter punitivo de las medidas. No obstante, se considera que la decisión de sostener el carácter administrativo de las sanciones obedece

¹¹⁵¹ Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea, asuntos acumulados C 584/10 P, C 593/10 P y C 595/10 P, Tribunal General de la Unión Europea (Gran Sala), 18 de julio de 2013, Sentencia, párr. 129-130.

¹¹⁵² *Ibid.*, párr. 132-134.

a la intención de mantener el equilibrio entre el interés colectivo representado en la manutención de la paz y seguridad internacionales y el respeto por los derechos fundamentales de los individuos. De esta forma, el Tribunal evita extender el debate previniendo discrepar sobre un punto constantemente reiterado por el CS. Sin embargo, al precisar el alcance de la revisión judicial, de forma tal que no quede lugar a dudas sobre el propósito que dicha figura debe cumplir en el ordenamiento comunitario, el Tribunal envía un mensaje por medio del cual, comunica su intención de no interferir con las estrategias del CS, tal y como este las ha definido, siempre y cuando este, a su vez, no interfiera con los principios del ordenamiento jurídico comunitario, tal y como han sido definidos por este.

Es quizá, por esta razón, que el TJ considera que el TG cometió un error de Derecho al basar su constatación de la existencia de una violación del derecho de defensa y del derecho a una tutela judicial efectiva, y por consiguiente del principio de proporcionalidad, en el hecho de que la Comisión Europea no había comunicado al Sr. Kadi ni al mismo TG los datos y pruebas inherentes a los motivos por los que se había mantenido su nombre en la lista que figura en el anexo del reglamento impugnado, y ello a pesar de que, el TG había tomado nota del hecho de que la Comisión no disponía de tales datos y pruebas, a fin de rechazar la diligencia de ordenación del procedimiento propuesta por el Sr. Kadi para conseguir que se le comunicaran. Así, contrario a lo sostenido por el TG, el TJ estimó que no se deduce de la sentencia *Kadi 2008* que la falta de acceso del interesado y del juez de la Unión a datos o pruebas de los que no dispone la autoridad competente de la Unión constituya, como tal, una violación del derecho de defensa o del derecho a una tutela judicial efectiva. De tal manera, recordando que la apreciación del TG sobre el carácter suficiente o no de la motivación puede ser objeto de control por parte del TJ en el marco de un recurso de casación, afirmó que este había cometido un error de Derecho al basar su constatación de la existencia de dicha violación en el carácter vago e impreciso de las alegaciones expuestas en el resumen de motivos facilitado por el Comité de Sanciones, a pesar de que un examen separado de cada uno de esos motivos no permite llegar a esa conclusión general¹¹⁵³.

¹¹⁵³ *Ibid.*, párr. 138-140.

Para el TJ, aunque resultaba cierto que uno de los motivos indicados en el resumen facilitado por el Comité de Sanciones no era suficientemente preciso y concreto, pues no contenía información alguna que permitiese verificarlo, no ocurría lo mismo con los demás motivos invocados en el resumen. De tal manera, consideró que el resto de los motivos invocados eran lo suficientemente precisos y concretos como para permitir una valoración tendiente a comprobar su verosimilitud. Así, emprendió la revisión de todos y cada uno de ellos, encontrando que ninguno poseía la suficiencia probatoria necesaria para justificar por sí solo la imposición de las sanciones. Así las cosas, consideró que los errores de Derecho de los que adolecía la sentencia *Kadi 2010*, no tenían entidad suficiente para invalidarla, dado que el fallo de la misma por el que se anulaba el reglamento impugnado resultaba justificado con arreglo a los hallazgos que había realizado. En tales términos, procedió a desestimar el recurso de casación¹¹⁵⁴. Ante dicha decisión, cabe cuestionarse sobre la vía elegida por el TJ para confirmar el sentido del juicio alcanzado en *Kadi 2010*, puesto que, finalmente, la calificación realizada por el TG sobre el carácter vago e impreciso de los motivos invocados, resultaba, lo mismo que la valoración realizada por el TJUE, en una constatación de la violación de los derechos a la defensa y a la tutela judicial efectiva del Sr. Kadi. Es mi opinión, que el TJ opta por escrutar con una mayor profundidad los motivos invocados, precisamente para reafirmar su facultad de hacerlo y enviar un claro mensaje a la ONU sobre los parámetros que, a partir de ese momento, inequívocamente gobernarían el cumplimiento de sus decisiones en el espacio comunitario.

De esta forma, el TJUE deja clara la postura de la judicatura europea, sugiriendo una aceptación de las estrategias antiterroristas del CS, siempre y cuando estas no interfieran en la realización de los principios básicos sobre los que se sustenta el derecho comunitario. Al hacerlo, pone de manifiesto la excesiva disponibilidad por parte de las ramas ejecutivas que, actuando a nivel internacional y regional, pretenden circundar la observancia de ciertos preceptos constitucionales, en aras de lograr una mayor efectividad en la lucha contra el terrorismo. Nuevamente, se estima pertinente aludir a la advertencia que realiza la profesora Soledad Torrecuadrada, cuando señala que “... la eficacia no es un argumento jurídico suficiente para permitir un exceso en el ejercicio de las competencias atribuidas por el texto constitutivo de la Organización de las que el Consejo de Seguridad es uno de sus Órganos principales. En todo caso, la eficacia no es

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, párr. 150-165.

nunca ni puede ser una justificación jurídicamente sostenible cuando para alcanzarla se deja de respetar la legalidad”¹¹⁵⁵

En lo particular se considera que el hecho de que, al dictar la sentencia *Kadi 2008*, TJ haya hecho suyos los principios establecidos por el TPI en *OMPI*, revela, al margen de las aspiraciones constitucionales del Tribunal en el ámbito europeo, la imperiosa necesidad de subsanar las deficiencias en materia de protección a los DDHH asociadas con la implementación de las sanciones antiterroristas del CS. Incluso, aunque puede reconocerse que el enfoque empleado por el TJ peca de aislacionista, debe advertirse que este fue subsecuentemente refinado en *Kadi 2010*. De esta forma, cuando el TG advirtió en dicho pronunciamiento que el control judicial de las medidas comunitarias de ejecución sería llevado a cabo por los tribunales comunitarios en tanto persistiesen las deficiencias en materia de garantías procesales ante el Comité de Sanciones, terminó desmintiendo el carácter antagonista que en algunos sectores se había atribuido a *Kadi 2008*. Dicha interpretación, sería confirmada por el TJ en *Kadi 2013*. Al adoptar tal postura, el TJUE estableció un mecanismo de activación para la revisión judicial de las medidas de implementación de las decisiones del CS en función del principio *Solange*. Por medio de tal mecanismo, avala la adopción de un modelo de “constitucionalismo coordinado” entre el sistema comunitario y el ordenamiento de Naciones Unidas. El constitucionalismo coordinado, ocurre cuando ciertos sistemas jurídicos independientes acuerdan deferir ante las normas y decisiones judiciales de los otros, siempre y cuando se cumpla con ciertos estándares mínimos. Bajo este esquema, se crea una relación horizontal de respeto, que obliga a los tribunales comunitarios a respetar la autonomía del CS, una vez que este haya instalado mecanismos de control aptos para brindar una protección a los DDHH equivalente a la que impera en su propio sistema jurídico¹¹⁵⁶.

Para ciertos autores¹¹⁵⁷, la decisión alcanzada en *Kadi 2008* puede ser interpretada como un rechazo al esquema constitucionalista con el que se ha intentado caracterizar la relación entre el ordenamiento jurídico comunitario y el sistema jurídico de la ONU. Desde esta óptica, la dimensión constitucionalista europea evidenciada en *Kadi 2008* se juzga incompatible con la visión constitucionalista internacional. Sin embargo, en lo

¹¹⁵⁵ Soledad Torrecuadrada García-Lozano, “La Expansión de las Funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Problemas y Posibles Soluciones”, *Op. Cit.*, p. 384.

¹¹⁵⁶ Esme Shirlow, “Taking Stock: Assessing the Implications of the Kadi Saga for International Law and the Law of the European Union”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 15, No. 1, 2014, pp. 15-16.

¹¹⁵⁷ Jean d’Aspremont & Frédéric Dopagne, *Op. Cit.*, p. 372.

particular, se estima que la debida consideración otorgada por el TJ a la importancia cardinal de la misión conferida al CS, lo mismo que a su posición clave en el sistema jurídico internacional, permite cuestionar dicho razonamiento. Se sostiene, que, desde el punto de vista internacional, *Kadi 2008* efectivamente tiene el efecto de reafirmar la autonomía del sistema comunitario. No obstante, la generación de una relación del tipo *Solange*, confirmada posteriormente a través de las sentencias *Kadi 2010* y *Kadi 2013*, resulta indicativa de que el TJUE efectivamente intentaba coordinar la implementación de medidas que ambos tribunales que lo componen consideran fundamentales para la preservación de la seguridad internacional, al tiempo en que procuraba interferir lo menos posible con la misión del CS. De tal manera, se razona que al resolver la serie de juicios en torno al asunto *Kadi*, los jueces comunitarios mostraron conciencia del rol que jugaban en el desarrollo de los sistemas de sanciones del CS. De esta forma, sus acciones sugieren la emergencia de una comunidad global de tribunales, donde los jueces participantes en dicho proceso no solo se conciben a sí mismos como representantes de una política particular, sino también, como colegas realizando un esfuerzo común capaz de trascender sus respectivas fronteras nacionales. En este sentido, comparten problemas sustantivos e institucionales similares; aprenden de la experiencia y los razonamientos comunes; y cooperan directamente para resolver disputas específicas. De forma creciente, se conciben a sí mismos como capaces de acción independiente tanto en el plano internacional como en el doméstico, de manera tal que se reconocen unos a otros como participantes en una empresa judicial común¹¹⁵⁸.

9.3.2 Más allá de Kadi: Alcance del Control de Legalidad Indirecto

Resulta posible advertir el surgimiento de un *impasse* en la controversia suscitada entre el CS y el TJUE como producto de la revisión judicial expresiva que se ha venido delineado. Por un lado, el TJUE parece haber adoptado un enfoque de revisión que tiene como mecanismo de activación el principio *Solange*. A través de dicha perspectiva, envía un mensaje al máximo órgano político de Naciones Unidas sobre los requisitos que habrán de cumplir sus procedimientos de control interno para que se respete la autonomía de sus decisiones en el ordenamiento comunitario. Por otro lado, el CS parece satisfecho con el grado de protección que han alcanzado los procedimientos ante el Comité de Sanciones por medio de las modificaciones hasta ahora realizadas. Tal

¹¹⁵⁸ Véase: Anne Marie Slaughter, *Op. Cit.*, pp. 192-193.

situación, resulta inferirle al revisar los comentarios emitidos por el Equipo de Monitoreo del CS a través de los últimos cinco reportes que ha publicado. De tal manera, en su decimoquinto reporte¹¹⁵⁹, publicado el 23 de enero de 2014, el equipo se refirió lacónicamente a *Kadi II*, destacando la anulación de las medidas de implementación decididas con base a una insuficiencia probatoria. Asimismo, se refirió a las demandas entabladas por Abdulbasit Abdulrahim y Shafiq Ben Mohamed Ben Mohamed Al-Ayadi, ambos suprimidos de la lista consolidada, pendientes ante el TG después de que el TJ hubiera devuelto los sumarios en apelación. En ambos casos, el TJ había determinado que, a pesar de haber sido suprimidos de la lista, los solicitantes seguían interesados en que los tribunales europeos reconocieran que sus nombres nunca debieron haberse incluido en ella.

Subsecuentemente, a través de su decimosexto reporte¹¹⁶⁰, publicado el 29 de octubre de 2014, el Equipo de Monitoreo del CS observó que pese a las mejoras sustanciales del régimen de sanciones para garantizar que los procedimientos fueran justos y claros, continuaban los recursos jurídicos de personas o entidades incluidas en la lista relativa a las sanciones contra Al-Qaida. Al rendir su décimo séptimo reporte¹¹⁶¹, advirtió que la sentencia dictada en enero de 2015 por el TG en el asunto *Abdulrahim*¹¹⁶², demostraba que los tribunales de la UE no tenían interés en cambiar de orientación después de que el TJUE adoptara su crucial decisión en relación con la causa *Kadi II*. Lo mismo que dicho asunto, *Abdulrahim* resultaría en la anulación de las medidas comunitarias destinadas a garantizar la aplicación de las sanciones impuestas por el CS relativas a este último caso. Pese a que, en este último caso, a diferencia de lo ocurrido en *Kadi II*, las autoridades comunitarias habían presentado al Tribunal información justificativa en relación con las medidas, este, indicó que los tribunales de

¹¹⁵⁹ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “15° Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la resolución 2083 (2012), relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2014/41, 23 de enero de 2014, pp. 12-13, 25-26.

¹¹⁶⁰ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Decimosexto Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la resolución 2161 (2014), relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2014/770, 29 de octubre de 2014, p. 27.

¹¹⁶¹ Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Decimoséptimo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la resolución 2161 (2014), relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2015/441, 16 de junio de 2015, pp. 15-16.

¹¹⁶² *Abdulrahim c. Consejo y Comisión*, Asunto T-127/09 RENV, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Tercera), Sentencia del 14 de enero de 2015.

la Unión Europea necesitaban pruebas más fundadas y oportunas que las que se podían haber previsto a raíz de la decisión en la causa *Kadi II*.

Se observa que efectivamente, tras más de diez años de negociación informal producto de la revisión judicial expresiva, la discusión sostenida entre el CS y el TJUE parece haber llegado a un punto muerto. No obstante, el paso del tiempo ha dado lugar para que otros tribunales regionales y locales en el ámbito europeo participen en el proceso aludido mediante la emisión de sentencias que desafían la autoridad del CS. Al mismo tiempo, el TJUE ha tenido ocasión de dictar una nueva serie de sentencias que, como *Abdulrahim*, confirman su intención de seguir controlando indirectamente el impacto de las resoluciones del CS sobre los derechos fundamentales, por lo menos en tanto que este no se decida a instituir un mecanismo de revisión de carácter jurisdiccional y autónomo con relación a sus procesos sancionadores. Entre tanto, los tribunales referidos han continuado desarrollando el enfoque inaugurado en *Kadi 2008*, complementándolo con orientaciones cimentadas en interpretaciones lingüísticas tendientes a la armonización, como aquella desarrollada por el TEDH en los asuntos de *Nada* y *Al-Jedda*. Tal eventualidad, se considera indicativa del surgimiento de una comunidad global de tribunales, que se conforma mediante la adquisición de conciencia de los órganos jurisdiccionales involucrados con las demandas concernientes a la implementación de sanciones selectivas del CS, sobre la necesidad de suplir las deficiencias de protección adolecidas por los procesos internacionales y regionales de designación y aplicación de las sanciones.

Sin embargo, no todos los asuntos ventilados han arrojado resultados favorables desde el punto de vista de los sancionados. De tal manera, es posible identificar jurisprudencia que pone de manifiesto algunas de las áreas de oportunidad que deben ser abordadas por los tribunales involucrados. Entre tales, destaca el carácter eminentemente procesal de la revisión indirecta resultante del proceso de revisión judicial expresiva, que se revela incapaz de poner fin a las tribulaciones de los afectados mediante la posibilidad de conseguir una sentencia de carácter absolutorio que únicamente puede obtenerse mediante un juicio celebrado con la totalidad de garantías requeridas en un proceso penal. Se observa, que algunos casos resueltos con posterioridad a *Kadi 2008*, reflejan la capacidad de las autoridades europeas para volver a alistar a las personas suprimidas de la lista mediante sentencias anulatorias, en ocasiones, tal y como ilustra el caso *Kadi*, en función de la misma información y

pruebas sobre las que originalmente se designaron las sanciones. Otros casos, reflejan la problemática relativa a la falta de posibilidad real de obtener una indemnización ante una sanción erróneamente aplicada. Siendo que, hasta el momento, en la mayoría de los casos la anulación de las decisiones por medio de las cuales se deciden las sanciones se ha realizado en razón de omisiones procedimentales “subsanales”, tal posibilidad, se percibe como lejana. Con todo, es mi opinión que la posición de los tribunales involucrados en el proceso de revisión judicial expresiva se ha visto fortalecida, mientras que, por el contrario; la percepción de que las resoluciones legislativas del CS para la lucha contra el terrorismo constituyen una herramienta eficiente y necesaria, se ha ido diluyendo entre las críticas provenientes de los organismos para la protección de los DDHH de la propia ONU, la sociedad civil y, por supuesto, aquellas que representan las sentencias de los tribunales implicados en la revisión judicial expresiva.

En el contexto posterior a *Kadi 2008*, el TPI tuvo que resolver un asunto jurídicamente similar a dicho caso, al emitir la sentencia relativa al asunto *Othman*¹¹⁶³. El demandante es un nacional jordano que al momento de presentación de la demanda residía en el Reino Unido, Estado donde se le había concedido asilo político provisional en 1994. Othman, fue detenido para ser interrogado para una investigación realizada en virtud de una investigación conducida en el Reino Unido. Las autoridades locales le incautaron cerca de 180,000 libras esterlinas en divisas diversas, sin que pudiera dar una explicación de la proveniencia de dichos fondos. Asimismo, se congelaron dos de sus cuentas bancarias, cuyo saldo conjunto ascendía a 1,900 libras esterlinas. Por miedo a ser encarcelado, Othman permaneció en la clandestinidad hasta que el 23 de octubre de 2002, fue puesto en prisión preventiva, y permaneció detenido hasta que fue liberado el 13 de marzo de 2005 a raíz de una sentencia de la Cámara de los Lores que consideró ilegal el régimen de detención sin juicio previo que se le había aplicado en virtud de la Anti-terrorism Crime and Security Act de 2001. El demandante fue nuevamente detenido el 11 de agosto de 2005 en virtud de las nuevas medidas antiterroristas adoptadas por el Gobierno del Reino Unido. La decisión de este Gobierno de extraditar al demandante a Jordania y de que mientras tanto permaneciera en prisión preventiva, notificada al interesado el 11 de agosto de 2005, fue objeto de un recurso que desestimaron los tribunales competentes del Reino Unido. No obstante, dicho Gobierno

¹¹⁶³ Othman c. Consejo, asunto T-318/01, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Sala Séptima), Sentencia del 11 de junio de 2009, párr. 46-48.

aceptó no ejecutar la referida decisión, a la espera de que se resolviera el recurso interpuesto por el demandante ante el TEDH. Mientras tanto, el demandante fue puesto en libertad condicional el 17 de junio de 2008. El 2 de diciembre de 2008 la Special Immigration Appeals Comisión revocó dicha libertad condicional.

Los hechos de *Othman* permiten apreciar las complejidades que implica la convergencia de múltiples jurisdicciones, no solamente desde el punto de vista de los sancionados, sino también desde el punto de vista de las autoridades domésticas, incluyendo a las judiciales¹¹⁶⁴. Por ejemplo, en el juicio desahogado ante el TPI, el demandante solicitó la suspensión del procedimiento en dos ocasiones. La primera de tales, fue acordada por el tribunal el 31 de mayo de 2002, y tenía por objeto suspender el procedimiento hasta que el TPI rindiera la sentencia *Kadi 2005*. El 9 de noviembre de 2006, el tribunal accedió nuevamente a una solicitud de suspensión por parte del demandante, en esta ocasión para que se suspendiera el procedimiento hasta que el TJ tuviera ocasión de dictar la sentencia *Kadi 2008*¹¹⁶⁵.

Desde el punto de vista del demandante, la estrategia procesal surtió efectos positivos. Su demanda, fue resuelta mediante una aplicación *mutatis mutandi* de los criterios establecidos en dicha sentencia. De tal manera, siendo que al igual que había sucedido con el Sr. Kadi, el demandante fue incluido en la Lista Consolidada en una etapa temprana de su implementación, las autoridades europeas no le habían proporcionado información alguna sobre los motivos que llevaron a su inclusión, en cuanto que no contaba si quiera con una exposición de motivos al respecto. Considerando además que dicha omisión no había sido subsanada, el TPI no tuvo problemas en determinar que no se habían respetado los derechos a la defensa del demandante, en particular, su derecho a ser oído, así como su derecho a una tutela judicial efectiva y sus derechos de propiedad. Finalmente, el tribunal negó la solicitud del Consejo de la UE y las parte coadyuvantes para mantener los efectos del reglamento impugnado durante un periodo de tiempo razonable. Para tales efectos, el TPI consideró que siendo que habían pasado más de tres meses desde la emisión de la sentencia *Kadi*

¹¹⁶⁴ Eventualmente el TEDH determinó que la deportación de Othamn para ser juzgado en Jordania resultaba violatoria del artículo 6 del TEDH en ausencia de garantías por parte de dicho Estado para no utilizar evidencia obtenida por medio de la tortura. Véase, Asunto Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido, Demanda 8139/09, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta), Sentencia del 17 de enero de 2012), pp. 107-108.

¹¹⁶⁵ Othman c. Consejo, asunto T-318/01, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Sala Séptima), Sentencia del 11 de junio de 2009, párr. 23, 37.

2008, las autoridades europeas habían tenido tiempo suficiente para paliar las deficiencias del reglamento, en cuanto a que, pese a que la referida sentencia únicamente vinculaba a las partes implicadas en dicho asunto, la situación del demandante, en todo punto comparable a la del Sr. Kadi, requería de la misma reacción¹¹⁶⁶.

Para algunos de los individuos afectados por la aplicación de sanciones selectivas derivada de la resolución 1267 (1999) la sentencia *Kadi 2008* tuvo efectos reivindicatorios. Tal es el caso de los Sres. Ayadi y Hassan, quienes, como se recordará, habían permanecido en la lista tras una demanda impróspera que había sido resuelta por el TPI en términos análogos a *Kadi 2005*¹¹⁶⁷. Ante las nuevas circunstancias, Ayadi y Hassan presentaron recurso de casación en relación con las sentencias mediante las cuales se habían mantenido sus nombres en la lista de sanciones. Evidentemente, el reglamento original por medio del cual habían sido sancionados a nivel europeo había dejado de existir debido a las constantes modificaciones y derogaciones por las que atraviesan tales instrumentos a fin de mantenerlos actualizados. No obstante, el TJ consideró que siendo que los recurrentes habían permanecido en la lista por periodos respectivos de seis y siete años, el reglamento n° 954/2009, vigente en aquel momento, había mantenido sus nombres en la lista con carácter retroactivo, por lo que no podía considerarse que su adopción constituyese un hecho posterior a las sentencias recurridas que pudiera dejar sin objeto los recursos de casación¹¹⁶⁸.

Para resolver el fondo de asunto, el TJ literalmente describió las consideraciones en las que se había anulado la sentencia *Kadi 2005*, al dictar su sentencia *Kadi 2008*. De forma análoga, anuló las sentencias recurridas. Seguidamente, el TJ estimó pertinente resolver sobre los recursos de anulación originalmente interpuestos por los recurrentes. Siguiendo la línea argumentativa de *Kadi 2008*, determinó que habida cuenta de que el reglamento controvertido había sido adoptado sin ofrecer garantía alguna sobre la comunicación de los datos utilizados en su contra ni sobre la audiencia a dicho respecto, procedía concluir que este se había adoptado sin respetar los derechos de defensa de los

¹¹⁶⁶ Othman c. Consejo, asunto T-318/01, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Sala Séptima), Sentencia del 11 de junio de 2009, párr. 82-99.

¹¹⁶⁷ Ayadi c. Consejo, Asunto T-253/02, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Segunda Sala), Sentencia de 12 de julio de 2006, Hassan c. Consejo, Asunto T-49/04, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Segunda Sala), Sentencia del 12 de julio de 2006.

¹¹⁶⁸ Hassan & Ayadi c. Consejo, asuntos acumulados C-399/06 P & C-403/06 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), Sentencia del 3 de diciembre de 2009, párr., 60-62.

recurrentes, particularmente, su derecho a ser oídos y a una tutela judicial efectiva. Tales circunstancias, devengaban igualmente en que se hubiesen restringido injustificadamente sus derechos de propiedad. En lo particular, se encuentra significativo que el TJ haya manifestado que el Consejo de UE mantenía una posición de principio de acuerdo a la cual, el juez comunitario no podía verificar ninguno de los datos por medio de los cuales se designaban las sanciones. Por ende, consideró necesario hacer constar que no se encontraba en condiciones de controlar la legalidad del reglamento controvertido en lo que respectaba a los recurrentes, de modo que procedía concluir que, por dicho motivo igualmente, no se había respetado el derecho fundamental a un recurso jurisdiccional efectivo de que disfrutaban los recurrentes. En aquel momento, el TJUE había adoptado también una posición de principio. Se observa que, al formular sus pretensiones, las autoridades europeas pidieron en los dos asuntos que se desestimases los recursos de casación, salvo los motivos análogos que el TJ ya había considerado fundados en la sentencia *Kadi 2008*¹¹⁶⁹.

Un caso con efectos similares a *Hassan/Ayadi* fue ventilado ante el TG con motivo de una demanda presentada por Hani El Sayyed Elsebai Yusef (*Yusef*)¹¹⁷⁰, en relación con la aplicación de sanciones derivadas de la resolución 1267 (1999). Inicialmente, Yusef presentó una demanda ante dicho órgano jurisdiccional -entonces TPI-, misma que fue declarada como manifiestamente inadmisibles por haber sido interpuesta fuera de plazo mediante auto de fecha 31 de mayo 2006. En marzo de 2009, el demandante solicitó al Consejo y la Comisión de la UE el acceso a los documentos por medio de los cuales dichas autoridades justificaban su inclusión en la lista de sanciones. En abril del mismo año, la Comisión notificó al demandante tres documentos; el primero, contenía un comunicado del Comité de Sanciones fechado en octubre de 2005 relativo a su inclusión original en la lista, mientras que, los otros dos, versaban sobre la modificación de los datos del demandante en la Lista Consolidada, fechados en 2005 y 2006 respectivamente. Subsecuentemente, Yusef interpuso una demanda ante el Alto Tribunal de Justicia de Inglaterra y Gales, con el objeto de anular la medida nacional por medio de la cual se había decidido la congelación de sus fondos.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, párr. 49, 78-96.

¹¹⁷⁰ Yusef c. Comisión, asunto no. T-306/10, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Segunda), Sentencia del 21 de marzo de 2014, párr., 5-7.

En el contexto de la demanda referida, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de la Commonwealth del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte -autoridad que había designado a Yusef a nivel británico-, realizó diversas gestiones infructuosas ante el Comité de Sanciones con el fin de proporcionar al demandante la información que había llevado a su inclusión en la Lista Consolidada, así como la identidad del Estado que lo había designado. En junio de 2009, mediante una declaración en calidad de testigo ante el Alto Tribunal de Justicia de Inglaterra y Gales, el jefe del equipo de sanciones del Ministerio de Asuntos Exteriores británico comunicó que tras haber revisado la información de que disponía el Gobierno británico a la luz de la normativa aplicable, así como de los términos prescritos en las resoluciones pertinentes del CS; este, había decidido que la inclusión de Yusef en la Lista Consolidada ya no tenía razón de ser, en cuanto a que carecía de fundamento. De tal manera, el Gobierno del Reino Unido había solicitado mayor información al Estado designante, misma que todavía no le había sido proporcionada. En tales condiciones, el Gobierno británico tenía la intención de comunicar al Comité de Sanciones que la inclusión de Yusef en la lista carecía de fundamentación, así como de realizar gestiones ante dicho organismo con el objeto de suprimir su nombre de la lista de sanciones. Con posterioridad, a través de una sentencia fechada el 27 de enero de 2010¹¹⁷¹, el Tribunal Supremo del Reino Unido anuló la medida nacional de congelación de fondos del demandante, debido a que se había aplicado de forma *ultra vires*¹¹⁷².

Ante tales circunstancias, Yusef presentó un escrito ante la Comisión de la UE el 18 de marzo de 2010. Mediante tal, hacía referencia a la sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido antes citada, así como la sentencia *Kadi 2008*, al tiempo en que solicitaba la supresión de su nombre de la lista europea, en virtud de que esta se había realizado en contravención de los principios establecidos en *Kadi 2008*, así como de que el Reino Unido había sostenido que su inclusión en la lista del Comité de Sanciones carecía de fundamentación. Al no recibir respuesta por parte de la Comisión dentro del plazo de dos meses establecido por el artículo 265 TFUE, Yusef presentó la demanda que se analiza ante la secretaría del TJUE el 23 de julio de 2010. Ésta, se formuló en

¹¹⁷¹ Her Majesty's Treasury (Respondent) v Mohammed Jabar Ahmed and Others (Appellants), Her Majesty's Treasury (Respondent) v Mohammed al-Ghabra (Appellant) and R (on the application of Hani el Sayed Sabaei Youssef) (Respondent) v Her Majesty's Treasury (Appellant) [2010] UKSC 2 & [2010] UKSC 5

¹¹⁷² Yusef c. Comisión, asunto no. T-306/10, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Segunda), Sentencia del 21 de marzo de 2014, párr., 7-8.

términos de un recurso de omisión, que tenía por objeto que el TG declarase que la Comisión se había abstenido ilegalmente de anular el reglamento por medio del cual se habían aplicado las sanciones en el ámbito europeo y, por consiguiente, que se ordenase a la Comisión suprimir el nombre del demandante del reglamento. En septiembre de 2010, la Comisión transmitió a Yusef la declaración mediante la cual se había realizado su designación en la Lista Consolidada, misma que le había sido transmitida por el Comité de Sanciones habiendo realizado previamente una revisión de la misma. La Comisión instó a Yusef a presentar sus observaciones sobre la referida declaración antes del 10 de diciembre de 2010. El 30 de noviembre de 2010, el Comité de Sanciones desestimó la solicitud de supresión presentada por el Reino Unido, manifestando que por lo menos un Miembro de dicho Comité no estaba de acuerdo con que el demandante ya no cumpliera con los criterios de inclusión de la Lista Consolidada¹¹⁷³.

Ante el TG, la Comisión y el Consejo de la UE argumentaron que el recurso de omisión interpuesto por Yusef constituía en esencia un recurso de anulación, presentado en forma manifiestamente extemporánea y, por tanto, debía ser declarado inadmisibles. En tales términos, las autoridades europeas alegaron que el demandante no estaba legitimado para recurrir por omisión invocando que no se había retirado el reglamento controvertido, ya que no había actuado para que se anulase dicho reglamento en el momento de su adopción en 2005. Según su dicho, el demandante intentaba eludir la expiración del plazo de orden público de interposición del recurso de anulación establecido en el artículo 230 CE (actualmente artículo 263 TFUE), lo que prohíbe una jurisprudencia clásica y reiterada. Según el Consejo, no redundaba en interés de la administración de la justicia conceder a los interesados un plazo de hecho ilimitado para interponer un recurso que puede llevar a la revocación, retroactiva o no, de una medida de congelación de fondos. Con todo, las autoridades europeas sostenían que el recurso era en cualquier caso inadmisibles, porque no se había acreditado que, en el momento en el que la Comisión fue requerida para actuar, en el sentido del artículo 265 TFUE, párrafo segundo, el 18 de marzo de 2010, tuviera la obligación, a la luz del Derecho de la UE, de revocar el Reglamento controvertido, en la medida en que afectaba al demandante.¹¹⁷⁴

¹¹⁷³ *Ibid.*, párr. 9, 11, 13-15, 20.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, párr. 41-43.

De entrada, el TG consideró que el recurso pretendía únicamente que se declarase que la no exclusión del nombre del demandante de la lista controvertida por la Comisión era ilegal y que no pretendía la anulación de ningún acto. Por tanto, tal recurso se presentaba formalmente como un recurso por omisión con arreglo al artículo 265 TFUE, y no como un recurso de anulación al amparo del artículo 263 TFUE. Adicionalmente, el TG refutó las alegaciones de las autoridades europeas en el sentido de que el recurso de omisión presentado por Yusef pudiera constituir un artificio procesal por medio del cual, pretendía eludir la expiración del plazo de un recurso de anulación con arreglo al artículo 263 del TFUE. Para el TG, la naturaleza -por definición provisional- de las medidas de congelación de fondos prevenía tales consideraciones. En este sentido, recordó que las resoluciones pertinentes del CS establecían un mecanismo de revisión periódica de las sanciones, así como la posibilidad de que los interesados sometieran su caso a revisión ante el Comité de Sanciones en cualquier momento. De tal suerte, consideró que el razonamiento esgrimido por las autoridades europeas, tendría como consecuencia que, una vez expirado el plazo de un recurso de anulación de una medida de congelación de fondos, se les confiriese la facultad exorbitante de congelar indefinidamente las cuentas de una persona prescindiendo de todo control jurisdiccional y cualquiera que sea la evolución, o incluso la desaparición, de las circunstancias que concurrieron inicialmente para justificar la adopción de dicha medida. De tal manera, concluyó que la actuación procesal llevada a cabo por el demandante, precisamente basada en la invocación de determinados hechos nuevos, era, por tanto, plenamente compatible con la jurisprudencia clásica y reiterada que le oponían la Comisión y el Consejo¹¹⁷⁵.

Seguidamente, el TG realizó algunas consideraciones adicionales sobre cuestiones de admisibilidad relacionadas con el advenimiento de elementos nuevos y sustanciales en relación con la situación de las personas incluidas en la lista controvertida. De acuerdo con el TG, la actuación procesal del demandante estaba prevista expresamente por la normativa en vigor en la fecha en que se instó una actuación (18 de marzo de 2010), a saber, el artículo 7 quater del Reglamento n° 881/2002, en su versión modificada, a partir del 26 de diciembre de 2009, por el Reglamento n° 1286/2009. En sus tres primeros apartados, dicha disposición establecía un procedimiento de revisión que debía beneficiar específicamente a las personas que, como el demandante, fueron

¹¹⁷⁵ *Ibid.*, párr. 53, 63-65, 67.

incluidas en la lista controvertida antes del 3 de septiembre de 2008 (es decir, antes de que se dictase la sentencia *Kadi 2008*). Dichas personas podían presentar una solicitud de declaración de razones a la Comisión sobre su inclusión en la lista controvertida, y posteriormente podían formular alegaciones al respecto y la Comisión revisaría entonces su decisión de incluirlas en la lista en cuestión. En su apartado 4, la citada disposición establecía un procedimiento de revisión que debía beneficiar a cualquier persona incluida en la lista controvertida que, «basada en nuevas pruebas de carácter sustancial», presentase una nueva solicitud de que se la excluya de la lista. De acuerdo con el TG, en ambos casos, debía admitirse, por tanto, la vía del recurso por omisión de conformidad con el artículo 265 TFUE tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia, en caso de que la Comisión no procediese a la revisión establecida en el artículo 7 quater del Reglamento nº 881/2002¹¹⁷⁶.

En el caso que se analiza, los elementos nuevos, específicamente alegados por el demandante en su escrito de 18 de marzo de 2010 a la Comisión, eran, por una parte, la sentencia *Kadi 2008*, que enumeró los requisitos de forma y de fondo que deben concurrir para que pueda imponerse una medida de congelación de fondos, así como las garantías procedimentales de las que deben poder disfrutar los interesados, y, por otra parte, el hecho de que el Gobierno del Reino Unido, tras haber examinado, en el contexto de un procedimiento nacional, las pruebas sobre las que se basaba la inclusión de su nombre en la lista del Comité de Sanciones, había concluido, aproximadamente en el mes de junio de 2009, que no reunía los criterios para la inclusión en dicha lista y anunciado su intención de dirigirse al Comité con el fin de conseguir que se suprimiera su nombre de la citada lista. Sobre este último elemento, el TG consideró que podía calificarse de sustancial, aunque sólo fuera debido al estatuto de Miembro Permanente del CS del que goza el Reino Unido, que era, por añadidura, el Estado de residencia del interesado¹¹⁷⁷.

Tras reafirmar que los efectos jurídicos de una sentencia del juez de la Unión dictada en el marco del contencioso de anulación sólo afectan, además de a las partes, a las personas directamente afectadas por el propio acto, y que tal sentencia sólo podía constituir un hecho nuevo respecto a estas personas, el TJ señaló que en el caso resolvía debía tenerse en cuenta no sólo que se dictase la sentencia *Kadi 2008*, sino también y

¹¹⁷⁶ *Ibid.*, párr. 68.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*, párr. 69.

sobre todo el cambio de actitud y de comportamiento que dicha sentencia provocó necesariamente en la Comisión, en tanto que era en sí mismo un hecho nuevo y sustancial. Advirtió, que antes de que se rindiese la sentencia *Kadi 2008* la Comisión consideraba, por una parte, que estaba vinculada estrechamente por las decisiones del Comité de Sanciones, sin ninguna facultad de apreciación autónoma, y, por otra parte, que las garantías usuales del derecho de defensa no resultaban de aplicación en el contexto de la adopción o de la impugnación de una medida de congelación de fondos en virtud del reglamento nº 881/2002. Tal punto de vista, había sido confirmado por el TPI en su sentencia *Kadi 2005*. Seguidamente, el TG reparó en que tan pronto como se hubo dictado la sentencia *Kadi 2008*, que anuló la sentencia *Kadi 2005*, y precisamente para dar cumplimiento a dicha sentencia, como prevé el artículo 266 TFUE, la Comisión modificó radicalmente su postura y se consideró en condiciones de revisar, si no por propia iniciativa, al menos a petición expresa de los interesados, todos los demás casos de congelación de fondos de conformidad con el reglamento nº 881/2002¹¹⁷⁸.

En este contexto, el TG destacó que, según la base de datos Prelex, la Propuesta de la Comisión al Consejo para que adoptara un Reglamento que modificase el Reglamento nº 881/2002, para dar cumplimiento a la sentencia *Kadi 2008*, fue adoptada formalmente por la Comisión el 22 de abril de 2009. Advirtió, que era cierto que estas disposiciones nuevas, en su versión modificada posteriormente durante el proceso legislativo, no adquirieron fuerza de Ley antes de su adopción formal por el Consejo de la UE y su entrada en vigor, el tercer día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, el 23 de diciembre de 2009. No obstante, observó que no era menos cierto que reflejaban también el reconocimiento, por la Comisión, del hecho de que las personas incluidas en la lista controvertida antes de que se dictase la sentencia *Kadi 2008* habían sido incluidas vulnerando sus derechos fundamentales y, sobre todo, su nuevo propósito de cambiar en el futuro esta situación. En consecuencia, el TG consideró que se trataba de elementos nuevos y sustanciales en relación con la situación de las personas incluidas en la lista controvertida antes de que se dictase la sentencia *Kadi 2008*. Por ende, desestimó las alegaciones de las autoridades europeas concernientes a la no admisibilidad del recurso de omisión¹¹⁷⁹.

¹¹⁷⁸ *Ibid.*, párr. 71-72.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, 73-75.

Situado en tal paradigma, el TJ procedió verificar si, en el momento en que el demandante dirigió un requerimiento a la Comisión el día 18 de marzo de 2010, recaía sobre dicha institución una obligación de actuar. Para tales efectos, recordó los dispuesto en artículo 7 quater del Reglamento n° 881/2002, en su versión modificada por el Reglamento n° 1286/2009¹¹⁸⁰. Seguidamente, se refirió de nuevo a la sentencia *Kadi 2008*, cuyos principios debieron haber guiado la conducta de la Comisión, manifestando que de la estructura general de dicha sentencia y, más específicamente, de la sentencia *Kadi 2010* (apartados 171 y 172), no cuestionados por la sentencia *Kadi 2013*, resultaba que la Comisión, en vez de estimarse rigurosamente vinculada por las apreciaciones del Comité de Sanciones, debería por el contrario plantearse cuestionar éstas a la luz de las alegaciones formuladas por el interesado; de no ser así, los derechos de defensa de éste únicamente se respetarían de manera meramente formal y aparente. Desde el punto de vista del TJ, el demandante no se había beneficiado de ninguno de los principios establecidos por, ni tampoco de ninguna de las garantías reconocidas en las sentencias referidas. De tal suerte, consideró que la Comisión tenía la obligación de actuar en relación con el demandante, a fin de subsanar estas irregularidades de procedimiento y de fondo, si no tan pronto como se dictó la sentencia *Kadi 2008* o como reacción al escrito del demandante de 7 de marzo de 2009, por lo menos y a más tardar en respuesta al requerimiento de 18 de marzo de 2010. Categóricamente, declaró que no era admisible que, más de cuatro años después de que se dictase la sentencia *Kadi 2008*, la Comisión todavía no estuviera en condiciones de cumplir su deber de examen cuidadoso e imparcial del caso del demandante, en su caso, con la «cooperación adecuada» del Comité de Sanciones¹¹⁸¹.

¹¹⁸⁰ El TJ cita al artículo 7 quater del Reglamento n° 881/2002, en su versión modificada por el Reglamento n° 1286/2009 de la siguiente forma: 1. Las personas, entidades, organismos y grupos que se hayan incluido en [la lista controvertida] antes del 3 de septiembre de 2008 y que continúen en la lista, podrán presentar una solicitud de declaración de razones a la Comisión [...] 2. Tan pronto como sea proporcionada por el Comité de sanciones la declaración de razones solicitada, la Comisión la comunicará a la persona, entidad, organismo o grupo de que se trate, brindándole una oportunidad para manifestar sus alegaciones al respecto. 3. En los casos en que se presenten alegaciones, la Comisión revisará la decisión de incluir a la persona, entidad, organismo o grupo de que se trate en [la lista controvertida] con arreglo a dichas alegaciones y previa aplicación del procedimiento contemplado en el artículo 7 ter, apartado 2. Dichas alegaciones se transmitirán al Comité de sanciones. La Comisión comunicará el resultado de su revisión a la persona, entidad, organismo o grupo de que se trate. Asimismo, el resultado de la revisión se transmitirá al Comité de sanciones. 4. Si se presentara una nueva solicitud, basada en nuevas pruebas de carácter sustancial, para suprimir la inclusión de una persona, entidad, organismo o grupo [en la lista controvertida], la Comisión efectuará una nueva revisión de conformidad con el apartado 3 y previa aplicación del procedimiento contemplado en el apartado 2 del artículo 7 ter.

¹¹⁸¹ Yusef c. Comisión, asunto no. T-306/10, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Segunda), Sentencia del 21 de marzo de 2014, párr., 89, 91, 94, 96, 102.

Finalmente, tras increpar severamente el comportamiento evidenciado por la Comisión, verificó que esta efectivamente había incurrido en un comportamiento omisivo, encargándose a la vez de precisar el alcance de dicho pronunciamiento. De tal manera, señaló que no cabía excluir la posibilidad de que, en cuanto al fondo, el mantenimiento del nombre del demandante en la lista controvertida se revele en definitiva justificado, incluso a la luz de los nuevos elementos que la Comisión debe tomar en consideración. La omisión declarada no consistía pues, como alegaba el demandante, en no proceder a revocar el Reglamento nº 1629/2005, sino en una omisión más limitada de no respetar los principios aplicables en el marco del procedimiento seguido en la revisión solicitada de la situación del demandante¹¹⁸².

El caso *Yusef*, evidencia las tensiones en el ámbito de la UE producto del reacomodo acaecido tras la emisión de la paradigmática sentencia *Kadi 2008*. En este sentido, puede observarse la prevalencia de cierta fricción entre los organismos judiciales y políticos de la UE, que no consiguen congeniar en la forma idónea de cumplir con sus respectivos objetivos, sin que esto represente obstaculizar el cumplimiento de aquellos ajenos a sus respectivas ramas de gobierno. Con todo, la reciente resolución del caso *Al-Ghabra*¹¹⁸³ pudiera ser indicativa de que las autoridades políticas de la UE han conseguido refinar sus procedimientos de inclusión en la lista de sanciones, de forma tal que no contravengan los principios de revisión establecidos por el TJUE. Aunque *Al-Ghabra* guarda ciertas similitudes fácticas y jurídicas con *Yusef*, el primero fue resuelto en un sentido distinto, en esta ocasión, debido a las buenas prácticas de la Comisión de la UE.

A petición del Reino Unido, Mohammed Al-Ghabra fue incluido en la lista de sanciones relativa a la resolución 1267 (1999) del CS el 12 de diciembre de 2006. Tras haber sido informado por las autoridades de dicho Estado de su inclusión en la lista, habiéndosele proporcionado la parte de la exposición de motivos que no tenía carácter confidencial; se dirigió a la Comisión de la UE mediante escrito fechado el 13 de febrero de 2009, para solicitar el reexamen de la inscripción de su nombre en la lista e impugnar su legalidad a la luz de la sentencia *Kadi 2008*. El 10 de mayo de 2010, la Comisión le comunicó la declaración de razones que le había transmitido el Comité de

¹¹⁸² *Ibid.*, párr. 107-108.

¹¹⁸³ Mohammed Al-Ghabra, asunto no. T-248/13, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Tercera), Sentencia del 13 de diciembre de 2016, párr., 37-45.

Sanciones. El demandante, envió sus observaciones en respuesta a la Comisión mediante escrito de 8 de julio de 2010. Por medio de tal, intentó refutar las alegaciones en su contra a la vez que solicitó la comunicación de las pruebas que presuntamente las sustentaban. Mediante escrito de 10 de septiembre de 2010, la Comisión acusó recibo de ese correo y anunció al demandante que reexaminaría la inscripción de su nombre en la lista controvertida. También, le informó que, en virtud de la Resolución 1904 (2009) del CS, tenía la posibilidad de presentar a la Oficina del Ombudsman ONU una solicitud de cancelación de la inscripción de su nombre en la lista del Comité de Sanciones¹¹⁸⁴.

El 3 de mayo de 2011, la Comisión notificó al demandante que había iniciado el reexamen de su caso, informándole que el proceso podría dilatar meses. En realidad, la Decisión por medio de la cual finalmente se notificaría a Al-Ghabra de su permanencia en la lista, fue notificada a sus abogados el 6 de marzo de 2013. Durante el periodo de tiempo acaecido entre la solicitud y la notificación, la Comisión había recibido información adicional sobre el caso en cuestión en dos ocasiones, notificando en cada una de ellas al demandante la posibilidad de contestar dicha información, misma que fue aprovechada por el Sr. Al-Ghabra. Con fecha de 6 de noviembre de 2013, Al-Ghabra presentó una demanda ante la Secretaría del TJUE, por medio de la cual solicitaba la anulación del reglamento, en la medida en que le afectaba, así como la anulación de la Decisión por medio de la cual se había resuelto su permanencia en la lista¹¹⁸⁵.

De entrada, el TG declaró la inadmisibilidad de la pretensión relativa a la anulación del reglamento en cuanto que se había presentado de forma manifiestamente extemporánea, sin que pudieran observarse razones de fuerza mayor que justificasen tal situación. La Decisión por medio de la cual se mantuvo al demandante en la lista de sanciones fue alegada por varios motivos. Uno de tales, consistía en que la Comisión había excedido el tiempo razonable para responder a la solicitud de reexamen formulada por el demandante el 13 de febrero de 2009. Primeramente, el TG observó que durante el proceso que condujo a la notificación de la Decisión, la Comisión se había ajustado al procedimiento establecido por el TJ a través de la sentencia *Kadi 2008*. Asimismo, notó que para las «inscripciones históricas» en la lista controvertida, que habían sido realizadas, como en el caso del demandante, antes del 3 de septiembre de 2008, es decir, antes de que se pronunciase la referida sentencia, el procedimiento aplicable era el

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, párr. 1-8.

¹¹⁸⁵ *Ibid.*, párr. 8-24, 27, 33.

previsto en el artículo 7 quater del Reglamento n.º 881/2002, mismo que había considerado en relación con el caso *Yusef*. Señaló, que siendo que dicho numeral no especificaba el plazo preceptivo en que la Comisión debía adoptar una decisión con respecto al reexamen de las inscripciones en la lista controvertida, correspondía aplicar el principio del plazo razonable, mismo que debe apreciarse en función de todas las circunstancias propias de cada asunto y, en particular, de la trascendencia del litigio para el interesado, de la complejidad del asunto y del comportamiento de las partes litigantes¹¹⁸⁶.

De tal manera, el TG consideró que efectivamente la Comisión había comunicado al demandante las circunstancias que llevaban a su permanencia en la lista tan pronto como se las había transmitido el Comité de Sanciones. Además, estimó que las razones expuestas por la Comisión para justificar la demora, consistentes principalmente en la necesidad de sostener comunicaciones constantes con el Comité de Sanciones a fin de obtener la información más precisa y completa posible, explicaban en parte la larga duración de los procedimientos de reexamen. No obstante, reconoció que el periodo de más de cuatro años transcurridos entre la solicitud de reexamen y la adopción de la decisión, ciertamente excedía lo que podía considerarse como normal, máxime tomando en cuenta su propia declaración realizada en el caso *Yusef*. Como se recordará, el TG había calificado de inadmisibile el hecho de que a más de cuatro años de haber sido emitida la sentencia *Kadi 2008*, la Comisión no estuviera en condiciones de realizar un procedimiento adecuado de reexamen. Sin embargo, explicó que la infracción del principio del plazo razonable solo puede verificarse si conlleva una violación a los derechos de defensa del demandante. De tal manera, considerando que el demandante no había alegado con seriedad que la demora afectaba su capacidad de defensa, así como que, teniendo la posibilidad de presentar un recurso de omisión con respecto al procedimiento de reexamen no lo hubiese hecho, determinó que sus derechos a la defensa no habían sido afectados, por lo que no podía comprobarse una infracción al principio de tiempo razonable¹¹⁸⁷.

Por lo demás, el demandante había alegado cuatro motivos adicionales en apoyo a su pretensión de que se anulase la Decisión impugnada. Específicamente, alegó el incumplimiento de la obligación a cargo de la Comisión de apreciar efectivamente por

¹¹⁸⁶ *Ibid.*, párr., 37-45, 50-53.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, párr., 54-66.

sí misma si en el caso del demandante concurrían los criterios pertinentes para mantener su nombre en la lista controvertida; la vulneración de las reglas sobre aportación y carga de la prueba; errores que vician la declaración de razones, y, la infracción del principio de proporcionalidad. Tras realizar un análisis minucioso del proceder de la Comisión a la luz de los principios sentados por TJUE en las sentencias relativas a los casos *Kadi I* y *II*, el TG concluyó que esta se había conducido de acuerdo a tales principios, por lo que no podía anularse la decisión impugnada. De tal suerte, desestimó el recurso por infundado¹¹⁸⁸.

El contraste entre las decisiones alcanzadas en *Yusef* y *Al-Ghabra*, invita a considerar que pudiera estar iniciando un nuevo periodo en la relación entre TJUE y las autoridades políticas de la UE. En tal escenario, el periodo inicial de reacomodo, que implicó el reconocimiento -si bien con cierta reticencia- por parte de las autoridades políticas europeas de los principios desarrollados por el TJUE en los asuntos *Kadi I* y *II*, así como su posterior codificación a través de los reglamentos antes referidos, va quedando atrás en función de una nueva etapa caracterizada por la cooperación. En este sentido, la relación entre los organismos aludidos pudiera estar redireccionándose hacia la estabilidad. De tal manera, la presentación de demandas entorno a la aplicación de sanciones selectivas para la lucha contra el terrorismo del CS, pudiera disminuir ante la adherencia de las autoridades europeas a los principios sentados por el TJUE. Tal desarrollo, resultaría positivo tomando en cuenta las deficiencias iniciales adolecidas por los procedimientos sancionadores tanto a nivel internacional como en el plano europeo. Desde esta óptica, la jurisprudencia del TJUE habrá contribuido al incremento en el grado de protección disponible a los afectados, así como al aumento en la transparencia y efectividad de los procesos sancionadores. Por otro lado, un cambio como el que se proyecta, pudiera significar que la revisión judicial inaugurada en *Kadi 2008* ha llegado a su límite. En dicho supuesto, aquellas personas erróneamente sancionadas, seguirán careciendo de la oportunidad de buscar una sentencia absolutoria a través de la cual, puedan resarcir los perjuicios sufridos.

Por otro lado, los principios de revisión desarrollado por el TJUE en la resolución de los asuntos *Kadi I* y *II* han trascendido el contexto de las sanciones selectivas del CS para la lucha contra el terrorismo, en cuanto a que han comenzado a aplicarse en asuntos

¹¹⁸⁸ Mohammed Al-Ghabra, asunto no. T-248/13, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Tercera), Sentencia del 13 de diciembre de 2016.

que se origina en circunstancias distintas. Como se recordará, en el caso ya comentado de *Al-Dulimi*, el TEDH complementó su propio enfoque basado en una exégesis lingüística de las resoluciones del CS con los principios establecidos por el TJUE en *Kadi 2008*, particularmente, en lo concerniente al margen de implementación que conllevan las resoluciones del CS. Si bien el caso se origina en la aplicación de sanciones derivadas de la resolución 1483 (2003) del CS, estas, no iban destinadas a luchar contra el terrorismo, si no a asegurar la transferencia de fondos y bienes incautados a los oficiales del antiguo régimen iraquí, de forma tal que pudieran ser trasladados al Fondo de Desarrollo para el Iraq.

La resolución del caso *Bank Mellat*¹¹⁸⁹ por parte del TJUE da pie a consideraciones similares. El caso tiene su génesis en una serie de medidas adoptadas por el CS mediante la resolución 1929 (2010)¹¹⁹⁰, a través de la cuales, se requirió a los EMNU que congelasen los fondos e impidiesen las actividades financieras de aquellas personas y entidades designadas por el CS como involucradas en el programa nuclear iraní. Bank Mellat presentó una demanda ante el TG para desafiar la implementación de las sanciones por parte del Consejo de UE. Para tales efectos, alegó tres motivos. El primer motivo, se basó en el incumplimiento de la obligación de motivación, en la violación de su derecho de defensa y de su derecho a una tutela judicial efectiva. El segundo motivo se basó en un error manifiesto de apreciación en relación con la adopción de medidas restrictivas en contra de la parte demandante. Por último, el tercer motivo se basó en la violación de su derecho de propiedad y del principio de proporcionalidad. Con respecto al primero motivo, el TG consideró que el Consejo de la UE había incumplido su obligación de motivación, en cuanto a que algunas de las razones que presentó eran demasiado vagas o bien, no proporcionaban detalles de las entidades o transacciones involucradas. Tal situación, condujo a una violación del derecho de la demandante a la tutela judicial efectiva. Con respecto al segundo motivo invocado, el TG verificó la existencia de un error manifiesto de apreciación, en cuanto que ninguna de las circunstancias consideradas por el Consejo de la UE podía justificar la adopción de medidas restrictivas. Por último, consideró que el Consejo había incumplido su obligación de comprobar la pertinencia y el fundamento con base a los cuales se había

¹¹⁸⁹ Véase: *Bank Mellat c. Consejo*, asunto T-496/10, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Cuarta), Sentencia del 29 de enero de 2013; *Bank Mellat c. Consejo*, asunto C-173/13 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), Sentencia del 18 de febrero de 2016.

¹¹⁹⁰ Resolución 1929 (2010) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 9 de junio de 2010.

realizado la designación de las sanciones. Habiendo confirmado tales motivos, el tribunal consideró innecesario examinar el tercero¹¹⁹¹.

El Consejo de la UE presentó sendo recurso de casación ante el TJ, mediante el cual alegó que el TG había incurrido en un error de derecho al considerar las razones para la inclusión en la lista de sanciones de *Bank Mellat* de forma aislada en vez de apreciarlas como un todo integral. Para el TJ, incluso consideradas en conjunto, las razones resultaban insuficientes. Asimismo, confirmó el pronunciamiento del TG en el sentido de que el Consejo de la UE estaba obligado a asegurar, antes de adoptar las medidas restrictivas, que la demandante recibiese la evidencia presentada en su contra con tiempo suficiente para defenderse adecuadamente. De forma similar, los argumentos presentados por el Consejo de la UE sobre la existencia de un error manifiesto de apreciación resultaron inefectivos. Sobre estos, el TJ consideró que la inclusión de la FEE -filial de la que era titular la demandante al 100%- en la lista de sanciones en virtud de la resolución 1929 (2010) del CS, no podía, en sí misma, justificar la adopción de las medidas restrictivas. Además, desestimó el argumento del Consejo de la UE mediante el cual sostenía que la evidencia en contra de Bank Mellat era confidencial y que su divulgación podría comprometer la seguridad de sus fuentes, así como la relación con los Estados que la habían proporcionado. Siendo que el Consejo no había presentado dicho argumento en primera instancia, el TJ lo consideró inadmisibile. De tal manera, no habiendo encontrado algún vicio que pudiese afectar el fallo de la sentencia del TG, el TJ desestimó el recurso de casación¹¹⁹².

El caso de *Bank Mellat*¹¹⁹³, es comparable al asunto *Al-Dulimi* en al menos tres aspectos. Primeramente, se observa que ambos casos ejemplifican como los problemas asociados con las deficiencias concernientes al debido proceso y la rendición de cuentas continúan afectando la efectividad de los regimenes de sanciones selectivas que tienen por objeto la implementación de estrategias comunes de seguridad colectiva, incluso fuera del ámbito específico de la lucha contra el terrorismo. En segundo lugar, tanto *Bank Mellat* como *Al-Dulimi* guardan cierta similitud con el asunto *Kadi*. Lo mismo que

¹¹⁹¹ Mazar Peihani, "From Kadi to Bank Mellat: Iran Sanctions and the Revival of the Due Process Dilemma", Harvard International Law Journal, vol. 57, n°2, 2017, pp. 48-49.

¹¹⁹² *Ibid.*, pp. 49-50.

¹¹⁹³ Véase: *Bank Mellat c. Consejo*, asunto T-496/10, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Cuarta), Sentencia del 29 de enero de 2013; *Bank Mellat c. Consejo*, asunto C-173/13 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), Sentencia del 18 de febrero de 2016.

Kadi, ambos casos manifiestan la tensión todavía imperante entre el ordenamiento jurídico de la UE y aquel de la ONU. En los tres casos, el TJUE se rehusó a implementar las medidas de ejecución dimanadas de las resoluciones del CS debido a su falta de conformidad con los principios básicos del ordenamiento europeo, desafiando de esta forma la autoridad del CS. Finalmente, un tercer aspecto que puede ser objeto de comparación, relacionado con este último, es que, al igual que los otros dos asuntos referidos, el caso *Bank Mellat* denota cierta actitud de desapego por parte del TJUE con respecto al Derecho Internacional. Su resolución, implica que el Tribunal continúa percibiendo al sistema europeo como uno que goza de total autonomía frente al sistema onusiano. En este sentido, pudiera considerarse que *Bank Mellat* constituye un desafío aún mayor hacia los regímenes de sanciones selectivas del CS, puesto que el TJUE se muestra menos receptivo a los argumentos por medio de los cuales se intenta justificar que la desatención de ciertos principios relativos al derecho a un proceso equitativo puede resultar necesaria para salvaguardar la seguridad internacional. En este sentido, resulta ilustrativo que el TJUE se haya negado a reconocer que la sola consideración por parte del CS resultaba insuficiente para aplicar las medidas restrictivas en cuestión¹¹⁹⁴.

Por otro lado, se observa que las tensiones inter-sistémicas no son exclusivas del régimen de la UE y el sistema onusiano. Como se ha visto, algunos de los casos desahogados ante el TEDH han puesto de manifiesto que la implementación de las resoluciones del CS puede llegar a causar interrupciones en la correcta implementación del régimen de protección a los DDHH relativo al CEDH. Ante dicha situación, el TEDH ha respondido mediante interpretaciones lingüísticas que tienden hacia la armonización. De esta forma, a través de interpretaciones que presumen la compatibilidad de las resoluciones del CS con los DDHH protegidos por el CEDH, el Tribunal de Estrasburgo ha conseguido salir airoso ante los desafíos judiciales que se le han presentado. No obstante, la exégesis lingüística tiene sus límites. Bastaría el empleo de lenguaje un tanto más preciso por parte del CS al adoptar sus resoluciones para que esta resultase inoperante. Con todo, se juzga prácticamente imposible que el CS reconozca la necesidad de suspender ciertos DDHH para la adecuada implementación de sus resoluciones. Por el contrario, la efectividad del método interpretativo del TEDH radica precisamente en la obligación del CS de respetar los propósitos y principios contenidos en la CNU, entre los cuales, figura el respeto y la promoción de los DDHH.

¹¹⁹⁴ Mazar Peihani, *Op. Cit.*, 46.

Por ello, no sorprenden las constantes reiteraciones del CS en el sentido de que los Estados, al implementar cualquier medida relativa a la lucha contra el terrorismo, están obligados a respetar el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los DDHH.

Al mismo tiempo, se advierte que, si bien con matices distintos, algunos tribunales domésticos se han valido también de interpretaciones lingüísticas para decidir asuntos relacionados con la implementación de sanciones selectivas del CS. Uno de tales, es el caso relativo a *HMT c. A y otros*¹¹⁹⁵, en el cual la Cámara de los Lores del Reino Unido resolvió una serie de asunto acumulados en apelación el 27 de enero de 2010. Del mismo modo, el caso resulta ilustrativo de las disrupciones que pueden ocurrir en el entramado constitucional de los Estados al intentar cumplir con sus obligaciones relativas a la implementación de las resoluciones legislativas del CS, en este caso, tanto la resolución 1267 (1999) como la resolución 1373 (2001). Finalmente, el caso pone de manifiesto la influencia que ha tenido la sentencia *Kadi 2008* en los tribunales que operan en el espacio geográfico europeo.

En *HMT c. A y otros*, dos de los tres casos resueltos por la Cámara de los Lores ya habían sido desahogados ante la Corte de Apelación el 30 de octubre de 2008. El primero caso, involucraba a tres hermanos Moahammed Jabar Ahmed (A), Mohammed Azmir Khan (K) y Michael Marteen (M), ciudadanos del Reino Unido, que al momento de su designación radicaban en Londres. Ninguno de los apelantes había sido acusado o condenado por crímenes relacionados con el terrorismo. Por medio de una carta fechada el 2 de agosto de 2007, se les notificó que se habían girado órdenes con respecto a cada uno de ellos, en virtud del artículo 4 de la Terrorism (United Nations Measures) Order 2006 (SI 2006/22657) (en adelante “la TO”)¹¹⁹⁶. La TO, fue promulgada para reemplazar a la Terrorism (United Nations Measures) Order 2001 (SI 2001/3365),

¹¹⁹⁵ Her Majesty’s Treasury (Respondent) v. Mohammed Jabar Ahmed and Others (FC) Apellants, Her Majesty’s Treasury (Respondent) v. Mohammed Al-Ghabra (Apellant) R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) (Respondent) v. Her Majesty’s Treasury (Apellant), [2010] UKSC 2, On appeal from: [2008] EWCA Civ 1187.

¹¹⁹⁶ El artículo 4 de la TO establece: 4.—(1) Where any condition in paragraph (2) is satisfied, the Treasury may give a direction that a person identified in the direction is designated for the purposes of this Order. (2) The conditions are that the Treasury have reasonable grounds for suspecting that the person is or may be— (a) a person who commits, attempts to commit, participates in or facilitates the commission of acts of terrorism; (b) a person identified in the Council Decision; (c) a person owned or controlled, directly or indirectly, by a designated person; or (d) a person acting on behalf of or at the direction of a designated person. (3) The Treasury may specify in the direction that the prohibition in article 8(1) does not apply in respect of the person identified in the direction. (4) The Treasury may vary or revoke a direction at any time.

instrumento erigido en octubre de 2001 por el Reino Unido para dar cumplimiento a sus obligaciones derivadas de la resolución 1373 (2001) del CS. Posteriormente, la TO sería reemplazada por la Terrorism (United Nations Measures) Order 2009 (SI 2009/1747) del 8 de julio de 2009. Sin embargo, en virtud del periodo de *vacatio legis* acaecido entre la derogación de la TO y la entrada en vigor de la Orden de 2009, al momento del juicio, los apelantes se encontraban sujetos a las disposiciones de la primera. Cabe señalar, que, aunque la Orden de 2009 no se encontraba sujeta al escrutinio de la Cámara de los Lores, esta, se ocupó de precisar, que, dada la similitud y el carácter riguroso de ambas, las consideraciones relativas a la TO aplicaban también a dicho instrumento. Como resultado de la aplicación de las medidas, A, K y M sufrieron graves tribulaciones, entre las que se relata la terminación de sus respectivos matrimonios¹¹⁹⁷.

En el segundo caso, Mohammed Al-Ghabra (G) fue notificado el 13 de diciembre de 2006 que se había girado una orden contra el en virtud del artículo 4 de la Terrorism (United Nations Measures) Order 2006 (SI 2006/22657). A los pocos días, recibió una carta de la Foreign Commonwealth Office mediante la cual se le notificaba que el Comité de Sanciones había decidido su inclusión en la Lista Consolidada, por lo que a partir de ese momento sus activos estaban sujetos a congelación. En el mismo acto, se le indicó que podía solicitar la supresión de su nombre ante dicho Organismo. Tiempo después, se le informó que había sido incluido en la lista a solicitud de Reino Unido. Sin embargo, no fue sino hasta marzo de 2007 que se le informó que su inclusión en la Lista Consolidada significaba que era considerado una persona designada para efectos de la Al-Qaida and Taliban (United Nations Measures) Order 2006 (SI 2006/2952) (en adelante “la AQO”), instrumento adoptado por el Reino Unido para dar cumplimiento a la resolución 1267 (1999). De acuerdo con el artículo 3(1)(b) de la AQO, cualquier persona designada por el Comité de Sanciones es una persona designada para efectos de la AQO¹¹⁹⁸.

Los cuatro demandantes habían llevado sus casos ante la Corte Administrativa. Dicho tribunal, anuló las respectivas ordenes considerando que tanto la TO como la AQO tenían carácter *ultra vires*. Subsecuentemente, *Her Majesty’s Treasury* (en

¹¹⁹⁷ *Her Majesty’s Treasury (Respondent) v. Mohammed Jabar Ahmed and Others (FC) Appellants, Her Majesty’s Treasury (Respondent) v. Mohammed Al-Ghabra (Appellant) R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) (Respondent) v. Her Majesty’s Treasury (Appellant)*, [2010] UKSC 2, On appeal from: [2008] EWCA Civ 1187, párr., 24-25, 27-28, 31-32.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*, párr. 33.

adelante “El Tesoro Público”) apeló la decisión. El 30 de octubre de 2008, la Corte de Apelaciones decidió que la inclusión de la frase “pudiera ser” contenida en el artículo 4(2) de la TO no podía justificarse en virtud de las resoluciones pertinentes del CS. Por tanto, anuló todas las Órdenes emitidas en función de dicho numeral. Al mismo tiempo, confirmó la legalidad de las previsiones relativas a la AQO. No obstante, declaró que cualquier persona designada de acuerdo al artículo 3(1) de dicho instrumento tenía derecho a solicitar la revisión judicial con respecto al fondo de tal decisión¹¹⁹⁹.

El tercer caso que se presentaba ante la Cámara de los Lores, había sido entablado por Hani El Sayed Sabaei Youssef (en adelante “HAY), a quien también se habían aplicado medias restrictivas en virtud de la AQO. A diferencia de G, la designación de HAY por parte del Comité de Sanciones no había sido propuesta por el Reino Unido. Pese a la calidad de Miembro Permanente del Reino Unido en el CS, HAY solo fue proporcionado con una versión limitada de la información que llevó a su inclusión, y eso, después de numerosas gestiones por parte de sus abogados ante las autoridades británicas. La Corte Administrativa, revisó el caso de HAY, determinando que la AQO era ilegal en la medida que le afectaba. No obstante, se negó a anular la Orden girada en su contra, argumentando que el efecto práctico de la AQO era prevenir que HAY tuviera acceso a los tribunales para solicitar la protección de lo que el alegaba eran sus derechos fundamentales. El Tesoro Público apeló la decisión. El caso fue atraído por la Cámara de los Lores. De esta forma, el caso de HAY se acumuló con aquellos de A, K, M y G¹²⁰⁰.

De acuerdo con la Cámara de los Lores, algunos de los puntos controvertidos resultaban aplicables tanto a la TO como a la AQO, mientras que otros, aplicaban únicamente de forma individual a cada instrumento. Con respecto a las cuestiones comunes, el tribunal consideró que tenía que determinarse si dichos instrumentos eran *ultra vires* con respecto al Acta de la Naciones Unidas de 1946 (el Acta de 1946). Dicho instrumento, fue instaurado por el Reino Unido para dar cumplimiento a las decisiones del CS adoptadas en virtud del Capítulo VII de la CNU. En los casos que se comentan, se disputaba el alcance de la sección 1(1) del Acta referida¹²⁰¹. Una segunda cuestión,

¹¹⁹⁹ *Ibid.*, párr. 34.

¹²⁰⁰ *Ibid.*, p. 34.

¹²⁰¹ La sección 1(1) del Acta de 1946 establece, en caso de que el CS solicite al gobierno británico la ejecución de sus decisiones en virtud del artículo 41 de la CNU: “...His Majesty may by Order in Council make such provision as appears to Him necessary or expedient for enabling those measures to be

relativa tanto a la TO como a la AQO, consistía en determinar si dichos instrumentos eran incompatibles con los derechos convencionales reconocidos a través de la Human Rights Act de 1998. Con respecto a la TO, la Cámara de los Lores tenía que establecer si era *ultra vires* con respecto al Acta de 1946, determinando si sus términos rebasaban lo requerido por las resoluciones del CS. Finalmente, en relación con la AQO, había que determinar si era contraria al Acta de 1946 porque violaba el derecho a la tutela judicial efectiva¹²⁰².

A fin de determinar si la TO era *ultra vires* con respecto al Acta de 1946, la Cámara de los Lores tenía que dilucidar la cuestión de si al introducir la frase “tienen motivos razonables para sospechar que la persona es o puede ser” contenida en el primero de dichos instrumentos, el Tesoro Público había actuado más allá de sus competencias. De acuerdo con dicho tribunal, la resolución 1373 (2001) no fue redactada en términos contruidos acorde al estándar de la sospecha razonable. Observó, que el preámbulo de dicha resolución utiliza el término “actos de terrorismo”. Siendo que la resolución no establece el estándar probatorio a emplear para determinar dichos actos, tal determinación corresponde a los EMNU. Para el tribunal, no era necesario introducir un test de sospecha razonable para cumplir con los requerimientos del CS. De tal manera, consideró que el Tesoro Público había excedido sus competencias. Por ende, la TO poseía un carácter *ultra vires*, y esta, junto con las Órdenes que se habían tomado a su amparo, debían de ser anuladas¹²⁰³.

Seguidamente, la Cámara de los Lores consideró que el razonamiento referido no resultaba igualmente aplicable a la AQO. A diferencia de lo que ocurría con la TO, las personas designadas en función de dicho instrumento habían sido alistadas por determinación del Comité de Sanciones y no en virtud del test de sospecha razonable. Al desarrollar su argumento, la Cámara de los Lores se refirió a la sentencia *Kadi 2008* del TJUE, reconociendo su importancia y advirtiendo que merecía su atención por la manera en que el tribunal europeo había lidiado con las cuestiones relativas a los DDHH. Asimismo, subrayó que el TJUE no estaba solo al considerar que la

effectively applied, including (without prejudice to the generality of the preceding words) provision for the apprehension, trial and punishment of persons offending against the Order.”

¹²⁰² Her Majesty’s Treasury (Respondent) v. Mohammed Jabar Ahmed and Others (FC) Appellants, Her Majesty’s Treasury (Respondent) v. Mohammed Al-Ghabra (Appellant) R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) (Respondent) v. Her Majesty’s Treasury (Appellant), [2010] UKSC 2, On appeal from: [2008] EWCA Civ 1187, párr. 41.

¹²⁰³ *Ibid.*, párr., 58, 61.

implementación de sanciones bajo el sistema de alistado administrado por el Comité 1267 es incompatible con la protección a los DDHH. No obstante, advirtió que habría que tener cautela al derivar conclusiones con base a *Kadi 2008*. En dicho asunto, el TJUE no había tenido que lidiar con las cuestiones relativas al artículo 103 de la CNU, en cuanto a que la UE no es Miembro de la ONU. Siendo que el Reino Unido no se encuentra en la misma situación, estimó que la Corte debía guiar su razonamiento en función del caso *Al-Jedda* resuelto por la Cámara de los Lores. En dicho asunto, se aprobó unánimemente el hallazgo relativo a que la obligación contenida en el artículo 25 de la CNU, debe prevalecer sobre cualquier otra obligación convencional, incluidas aquellas dimanadas del CEDH, en virtud del artículo 103 de la CNU. De acuerdo con Lord Bingham, la Cámara de los Lores había llegado a tal conclusión basándose en el razonamiento esgrimido por la CIJ en *Lockerbie*. Asimismo, la Cámara de los Lores se apoyó en la jurisprudencia del TEDH, al citar un extracto de *Behrami/Saramati*, mediante el cual, el Tribunal de Estrasburgo declaró que el CEDH no debe de ser interpretado de forma tal que someta los actos y omisiones de las partes cubiertas por las resoluciones del CS su escrutinio. Hacerlo, equivaldría a interferir con la misión principal de la ONU de asegurar la paz y seguridad internacionales¹²⁰⁴. De esta forma, se constata el involucramiento de cuatro tribunales, que, operando respectivamente en el plano internacional, regional y doméstico, consiguen, a través de la revisión judicial expresiva, ir moldeando los criterios bajo los cuales resulta permisible revisar judicialmente las resoluciones del CS.

Ante tales consideraciones, el Sr. Singh, abogado de G, manifestó que muy probablemente el TEDH llegaría a una conclusión distinta en *Al-Jedda* -que en aquel momento estaba por considerar- tomando en cuenta la emisión de la sentencia *Kadi 2008* del TJCE. No obstante, la Cámara de los Lores consideró acertadamente que no podía basar su decisión en desarrollos jurisprudenciales futuros. Por tal motivo, refrendó la visión de que el artículo 103 de la CNU desplaza cualquier otra obligación convencional. Sin embargo, consideró la situación desde el punto de vista del derecho interno. Primeramente, reconoció que el Acta de 1946 no confiere autoridad para anular los derechos fundamentales del individuo. No obstante, advirtió que los derechos alegados por G, podían ser sujetos a ciertas restricciones bajo las condiciones adecuadas. Para la Cámara de los Lores, la cuestión a determinar era si las restricciones

¹²⁰⁴ *Ibid.*, párr. 64, 67-72.

impuestas por medio de la AQO habían llegado a tal grado de severidad que únicamente pudieran justificarse bajo la autoridad del Parlamento del Reino Unido. Seguidamente, reconoció las deficiencias asociadas con el Régimen 1267, particularmente el hecho de que, siendo que las sanciones se deciden por designación expresa de los Miembros del Comité de Sanciones, podía considerarse que se realizan también en función del test de la sospecha razonable. Asimismo, destacó la insuficiencia de los mecanismos de revisión onusianos, incluyendo la Oficina del Ombudsman. Considerando que el artículo 3(1)(b) del AQO, tenía el efecto de privar al señor G de su derecho a un remedio efectivo -tal y como habían hecho los procedimientos ante el Comité de Sanciones-, decidió que dicho numeral era *ultra vires* con respecto al Acta de 1946. Finalmente, extendió las mismas consideraciones al caso de HAY¹²⁰⁵.

HMT c. A y otros resulta ilustrativo de las disrupciones internas que pueden ocasionarse como corolarios de la expansión competencial del CS. En este sentido, la revisión del alcance del Acta de 1946 ilustra como el alargamiento de los poderes del CS, ha cambiado la concepción original de las funciones del órgano. De esta forma, un instrumento legislativo que en su momento resultó adecuado para que el Reino Unido cumpliera con sus obligaciones derivadas de la CNU, parece poco idóneo al tener que adaptarse para implementar una categoría de decisiones imposibles de considerar al momento de su promulgación. Lo mismo que el TEDH, la Cámara de los Lores recurre a construcciones lingüísticas mediante las cuales se presume la compatibilidad de las resoluciones del CS con los DDHH, con el objeto de no decidir un asunto de forma manifiestamente injusta al deferir irrestrictamente ante las decisiones del CS. Nuevamente, se respeta la primacía internacional de las resoluciones del CS al centrar el fallo sobre las disposiciones legales pertenecientes al orden jurídico interno, o en el caso del TEDH o el TJUE, al regional. Sobre todo, *HMT c. A y otros* demuestra que el desarrollo de controles de legalidad indirectos a las resoluciones del CS, tiene que ser realizado de manera conjunta, a través de la revisión judicial expresiva por parte de una comunidad global de tribunales. De tal manera, aunque la Cámara de los Lores distingue claramente de *Kadi 2008* al señalar que el caso del que se ocupaba no podía ser resuelto en término análogos, ciertamente, la alusión a dicha sentencia constituye un argumento de cierto peso moral, en cuanto a que se ha convertido en la referencia por

¹²⁰⁵ *Ibid.*, párr., 73-76, 78, 81-82.

autonomasia para sopesar los DDHH por encima de las decisiones políticas del CS que otrora se pensaban incuestionables.

Por el momento, debe reconocerse que la comunidad global de tribunales a la que se ha hecho referencia se encuentra en una etapa temprana de desarrollo. Resulta evidente, que los desarrollos analizados a lo largo de la presente tesis doctoral han ocurrido principalmente en Europa. No obstante, pueden detectarse ciertos indicios de que el concepto pudiera alcanzar una auténtica escala global en un plazo relativamente cercano. Por un lado, parece ser que el CS continuará ejerciendo competencias legislativas, por lo menos en el ámbito de la lucha contra el terrorismo. En la medida en que sus decisiones se intensifiquen numérica y cualitativamente, pudiera darse el caso de que los tribunales de otros Estados, ajenos al espacio europeo, emulen las decisiones de sus similares, que, para ese entonces, pudieran haber logrado una mayor unificación de criterios. Por el momento, pueden detectarse algunos casos de desafíos judiciales a la implementación de las sanciones selectivas del CS en otras regiones orbe. Se advierte, que cuando la Cámara de los Lores señalaba que el TJUE no está solo al considerar que la forma en que se deciden y aplican las sanciones del Régimen 1267 es incompatible con los DDHH, hacía referencia a un par de casos resueltos respectivamente en Canadá y los EEUU.

De tal manera, la Cámara de los Lores aludió al caso *Abdelrazik v The Minister of Foreign Affairs*¹²⁰⁶, ventilado ante Corte Federal de Canadá. En dicho asunto, el Magistrado Zinn J. se adhirió a la postura de aquellos que consideran que el Régimen 1267 constituye una negación de los remedios legales básicos y que, por tanto, resulta insostenible de acuerdo con los principios internacionales de los DDHH. Advirtió, que no existía elemento alguno en los procedimientos de inclusión y supresión de la Lista Consolidada que reconociera los principios de justicia natural o que proveyera justicia procesal básica. Consideró, que siendo que en el caso del Sr. Abdelrazik, el Estado que había propuesto su inclusión en la lista, era uno de los Miembros del Comité de Sanciones, jugaba simultáneamente los roles de juez y parte. De tal suerte, tomando en cuenta que, debido a las medidas restrictivas aplicadas en su contra, el Sr. Abdelrazik se encontraba impedido para volver a Canadá, sostuvo que parte del remedio al que tenía derecho el en virtud de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, era requerir

¹²⁰⁶ Abdelrazik v The Minister of Foreign Affairs [2009] FC.

acción inmediata por parte del Gobierno de Canadá para que pudiera regresar a dicho Estado¹²⁰⁷.

Asimismo, la Cámara de los Lores se refirió a un asunto ventilado en los EEUU. En el caso *KindHearts for Charitable Humanitarian Development Inc v Timothy Geithner*¹²⁰⁸, decidido el 18 de agosto de 2009, la Corte Distrital de EEUU para el Distrito Norte de Ohio sostuvo una demanda contra una determinación provisional realizada en virtud la Orden Ejecutiva No. 13225 del 24 de septiembre de 2001, girada por el entonces presidente George W. Bush, y ejecutada por la Oficina de Control de Bienes Extranjeros del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos. La corte sostuvo que la designación de KindHearts for Charitable Humanitarian Development Inc. como terrorista global, así como el congelamiento de sus activos sin que mediase investigación alguna era contraria a su derecho consagrado en la Cuarta Enmienda de la Constitución estadounidense a estar seguro contra el registro y la incautación irrazonables. El juez que se ocupó del caso sostuvo que la Oficina de Control de Bienes Extranjeros había manejado la solicitud de la asociación demandante de acceder a parte de sus bienes para poder cubrir gastos de asistencia jurídica de forma caprichosa y arbitraria, sin tomar en consideración los hechos específicos del caso. Si bien el caso no implicó medidas derivadas de una resolución del CS -la Orden Ejecutiva fue adoptada por el presidente Bush antes de que el CS emitiera la resolución 1373 (2001)-, resulta ilustrativo de cómo incluso dentro del territorio del Estado que quizá ha impulsado más vigorosamente las acciones globales en torno a la lucha contra el terrorismo, existen jueces dispuestos a prestar la debida consideración a los DDHH¹²⁰⁹.

En lo particular, se considera que una posible razón para exista una mayor coordinación entre los tribunales que operan en Europa en comparación con aquellos pertenecientes a otras regiones del mundo, estriba precisamente en que dicha región representa un punto de convergencia de múltiples planos jurídicos. De tal suerte, mientras que, en otras regiones, los jueces que se ocupen de asuntos como los que nos

¹²⁰⁷ Her Majesty's Treasury (Respondent) v. Mohammed Jabar Ahmed and Others (FC) Appellants, Her Majesty's Treasury (Respondent) v. Mohammed Al-Ghabra (Appellant) R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) (Respondent) v. Her Majesty's Treasury (Appellant), [2010] UKSC 2, On appeal from: [2008] EWCA Civ 1187, párr., 69.

¹²⁰⁸ Caso 3.08c v 02400.

¹²⁰⁹ Her Majesty's Treasury (Respondent) v. Mohammed Jabar Ahmed and Others (FC) Appellants, Her Majesty's Treasury (Respondent) v. Mohammed Al-Ghabra (Appellant) R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) (Respondent) v. Her Majesty's Treasury (Appellant), [2010] UKSC 2, On appeal from: [2008] EWCA Civ 1187, párr., 70.

ocupan únicamente tendrían que considerar, además del Derecho Internacional, a su propio sistema jurídico; un juez operando en el plano europeo generalmente tendría que considerar, además del ordenamiento al que pertenece, el derecho de la UE, así como el régimen convencional establecido por el TEDH. Esta situación, devenga en una serie de posibles rutas judiciales, que conlleva una mayor posibilidad de interacción entre los tribunales de la región. Incluso, existen avenidas judiciales que, habiendo sido concebidas en contextos diversos al de la lucha contra el terrorismo, han sido aprovechadas por los tribunales radicados en Europa, para realizar acciones propias de la revisión judicial expresiva. Tal es el caso de la cuestión prejudicial que pueden plantear los Miembros de la UE al TJUE.

El 29 de abril de 2010, el TJUE emitió una sentencia por medio de la cual respondía a una cuestión prejudicial planteada por la Cámara de los Lores en relación con el caso *M. y Otras c HMT*¹²¹⁰. Los litigios principales tenían por objeto prestaciones de seguridad social o asistenciales, como complementos de ingresos para personas que sufren algún tipo de discapacidad, prestaciones familiares, asignaciones por vivienda y prestaciones compensatorias del impuesto local concedidas a M y otras, demandantes en los litigios principales, que eran cónyuges de personas designadas y que residían con esas personas y sus hijos en el Reino Unido. En opinión del Tesoro Público, las cantidades controvertidas estaban indirectamente a disposición de las personas designadas por medio de reglamento No. 881/2002 del Consejo de la UE en aplicación de la resolución 1267 (1999), ya que podían destinarse a sufragar gastos familiares básicos de esas personas, como la compra de alimentos para las comidas en común. En tales circunstancias, la Cámara de los Lores decidió suspender el procedimiento y preguntar al TJUE si el artículo 2, apartado 2, del Reglamento no 881/2002 se aplicaba a las prestaciones de seguridad social o asistenciales que abona el Estado al cónyuge de una persona designada, por el mero hecho de que el cónyuge viva con la persona designada y utilice o pueda utilizar parte de los fondos para pagar bienes y servicios que dicha persona consumirá o de los que se beneficiará.

Tras analizar diversas versiones lingüísticas del reglamento de acuerdo con los idiomas oficiales de la UE, así como tomando en cuenta el objeto de la resolución 1390 (2002), en virtud de la cual se había adoptado el reglamento, el TJUE determinó que

¹²¹⁰ *M. y Otras contra HMT*, asunto C-340/08, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Cuarta Sala), Sentencia del 29 de abril de 2010, párrr., 23, 25, 32.

habida cuenta del objetivo perseguido por el reglamento No. 881/2002, debía entenderse que las medidas de congelación de los recursos económicos sólo se aplicaban a los activos que podían convertirse en fondos, en bienes o en servicios utilizables para apoyar actividades terroristas. De tal manera, el TJUE entendió que tal y como señalaba la Cámara de los Lores, la convertibilidad de esos fondos en medios que puedan servir para apoyar actividades terroristas parecía difícilmente plausible, máxime cuando las prestaciones controvertidas en los litigios principales se establecían en una cuantía que cubría sólo las necesidades estrictamente vitales de las personas de que se trataba. Por tanto, determinó que en circunstancias como las de los litigios principales, el beneficio en especie que puede obtener indirectamente una persona designada de las prestaciones sociales abonadas a su cónyuge no podía poner en entredicho el objetivo del Reglamento no. 881/2002 que era impedir que esas personas tengan acceso a recursos económicos o financieros, con independencia de su naturaleza, que puedan ser utilizados para apoyar actividades terroristas¹²¹¹.

De tal suerte, se observa que el empleo de la cuestión prejudicial favorece el ejercicio de la revisión judicial expresiva en relación con la implementación de las resoluciones del CS en la UE. Por medio de dicha figura, los tribunales internos pueden aclarar cuestiones operativas relativas a la implementación de las medidas para la lucha contra el terrorismo que emergen de forma natural durante el curso de dicho proceso. Por ejemplo, al resolver la cuestión prejudicial relativa al asunto de *Procedimientos Penales en Contra de E*¹²¹² el TJUE resolvió dos cuestiones que no estaban contempladas en la resolución 1373 (2001) ni en el reglamento europeo por medio del cual se implementaba. De tal manera, esclareció que la designación de una persona moral en la lista de sanciones que adolece de falta de motivación, no puede servir como base para una condena penal contra individuos que pertenecen a tal organización puesto que padece de nulidad. Asimismo, aclaró que los fondos recaudados por lo miembros de una organización pueden considerarse como «fondos» que se «ponen a disposición» de esta, en términos de la resolución 1373 (2001), aun y cuando técnicamente no hayan sido transferidos. De forma similar, al responder la cuestión prejudicial que se le

¹²¹¹ *Ibid.*, 34-50, 56, 61, 62.

¹²¹² *Procedimientos Penales en Contra de E*, asunto C-550/09, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 29 de junio de 2010, párrr., 59, 62, 67, 77, 80.

presentaba en el caso *Alemania contra B*¹²¹³, el TJUE determinó que el solo hecho de que una persona hubiese pertenecido en el pasado a una organización que aparece en la lista erigida en cumplimiento de la resolución 1373 (2001) no constituye automáticamente un motivo fundado para pensar que esa persona ha cometido «un grave delito común» o actos contrarios a los propósitos y principios de la CNU. Para el TJUE, tal situación habrá que valorarse caso por caso.

De esta forma, la implementación de las resoluciones legislativas del CS va dando pie a situaciones que difícilmente puede prever el máximo órgano político de Naciones Unidas al momento de adoptar una resolución legislativa, y que habrán de ser resueltas en el curso de su implementación por los jueces locales y regionales. En este sentido, desarrollan un papel fundamental en el proceso de implementación de las resoluciones del CS, que difícilmente hubieran podido desempeñar adecuadamente a través de un enfoque eminentemente deferencial hacia a la ONU. Probablemente por tal motivo, el CS ha mostrado cierta receptividad ante las señales que dichos organismo le envían a través de sus sentencias, en cuanto que tiene conciencia de que la parte operativa de su estrategia para luchar contra el terrorismo, depende en gran medida del accionar de los tribunales locales y regionales que verifican las medidas internas por medio de las cuales se aplican sus decisiones.

Sobre este tema, cabe hacer una referencia adicional, relativa a la respuesta de una cuestión prejudicial planteada al TJUE en relación con el asunto *Möllendorf*¹²¹⁴. En dicho asunto, el Kammergericht Berlin, tribunal alemán, pedía al TJUE que aclarase si en una situación en la que tanto el contrato de compraventa de un bien inmueble como el acuerdo de transmisión de la propiedad de este hubiesen sido concluidos antes de la inclusión del adquirente en la lista de sanciones derivada de la implementación de la resolución 1267 (1999), y en el que el precio de venta también fuese abonado antes de esa fecha, si el reglamento europeo prohibía la inscripción definitiva, en ejecución de dicho contrato, de la transmisión de la propiedad en el registro de la propiedad con posterioridad a dicha fecha. El TJ contestó afirmativamente y, de manera convincente, explicó porque dichas acciones corresponderían a poner «a disposición» de los sancionados «directa o indirectamente algún recurso económico» que pudiera ser

¹²¹³ *Alemania contra B*, asuntos acumulados C 57/09 y C 101/09, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 9 de noviembre de 2010, párr., 88, 89, 94, 99.

¹²¹⁴ *Möllendorf*, asunto C-117/06, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), Sentencia del 11 de octubre de 2007, párr., 49-51, 56, 68, 70, 77, 79-80.

utilizado para cometer actividades terroristas. Incluso, descartó las posibles excepciones con base a las resoluciones del CS. En este tipo de ocurrencias, el derecho alemán prescribe que se reembolse la cantidad abonada. Esto, obviamente suscita la cuestión de si dicho reembolso es compatible con el reglamento en cuanto que, podría equivaler también a poner fondos a disposición de los sancionados. El TJ consideró que el reembolso del precio de venta de dicho bien, previsto en el derecho nacional alemán, parecía posible a la luz del artículo 2 bis apartado 4 letra b del reglamento 881/2002, que establece una excepción sobre la prohibición que impone el mismo reglamento, siempre que se cumplan los requisitos de dicha excepción, entre los que se encuentra la congelación de los fondos reembolsados. Sobre la cuestión de si el eventual reembolso de dicha cantidad constituye una restricción desproporcionada a los derechos de propiedad de los terceros, el TJ decidió que corresponde a los tribunales nacionales aclarar dicha cuestión, aplicando su normativa nacional de modo que, en la medida de lo posible, no se menoscaben las exigencias del derecho comunitario.

No obstante, algunos aspectos problemáticos de la revisión de los actos de aplicación de las resoluciones del CS continúan representando un desafío considerable para los tribunales involucrados. Uno de los más importantes, es el carácter eminentemente procesal de la revisión establecida por el TJUE, que no siempre ha podido prevenir la re-inclusión de aquellas personas y entidades cuya designación original ha sido anulada. La sentencia PMOI I¹²¹⁵, es ilustrativa de tal situación. El caso, implicaba la re-inclusión de OMPI -PMOI- en la lista por medio de la cual se da cumplimiento a la resolución 1373 (2001) en la UE. La demandante, impugnaba la Decisión 2007/445, por medio de la cual se había decidido su permanencia en la lista. Subsecuentemente, el Consejo de la UE adoptó la Decisión 2007/868, a través de la cual derogó la Decisión antedicha, y determinó nuevamente la permanencia de OMPI en la lista. Siendo que esta última fue adoptada con posterioridad a la presentación de la demanda, OMPI no había solicitado su anulación. El TPI determinó que OMPI tenía interés en recurrir la Decisión 2007/445, puesto que la derogación de un acto no constituye un acto de anulación y, además, produce efectos *ex nunc*, de forma distinta a una sentencia que elimina el acto de carácter retroactivo como si nunca hubiese existido. En cuanto a la Decisión 2007/868, el tribunal aplicó la jurisprudencia que permite, en

¹²¹⁵ People's Mojahedin Organization of Iran c. Consejo, asunto T-256/07, Tribunal de Primera instancia de la Unión Europea, Sentencia del 23 de octubre de 2008, párr., 14, 26, 45-48.

virtud del principio de economía procesal, considerar impugnada la decisión que sustituye a la de la demanda, pues sería contrario a dicho principio esperar que el demandante interponga una nueva.

Al pronunciarse sobre la Decisión 2007/445, el TPI desestimó todos los motivos alegados por la demandante, sobre la base de que el Consejo de la UE había actuado diligentemente al cumplir con todos los requisitos de fundamentación establecidos a través de la sentencia *OMPI*. En cuanto a la Decisión 2007/868, el TPI consideró que, igualmente, todos los motivos aducidos resultaban inoperantes. No obstante, consideró que el Consejo de la UE no había tomado debida consideración del reporte de la Proscribed Organizations Appeal Commission (POAC), órgano administrativo que, en el Reino Unido, controla las decisiones del Home Secretary. Dicho organismo, a su vez, se encarga de designar a las organizaciones que deben de ser prohibidas por tener nexos con o cometer actividades terroristas. De tal manera, el TPI advirtió que la información principal que debe tener en cuenta el Consejo de la UE al momento de tomar una decisión de mantener a alguien en la lista, es el dictamen o la decisión de una autoridad nacional competente sobre la apertura de una investigación o proceso contra una persona que es sospechosa de terrorismo. Una decisión de tal naturaleza, es lo que se considera como un «indicio serio y creíble», por medio del cual se justifica la aplicación de las medidas restrictivas. De tal suerte, el TPI advirtió que la POAC había calificado de “perversa” la decisión del Home Secretary a través de la cual se negaba a levantar la prohibición, a la vez que había prohibido a dicha institución que presentase una apelación contra su decisión ante la Corte de Apelación, sobre la base de que era virtualmente imposible que prosperarse. Sin embargo, la Home Secretary apeló dicha prohibición, que aún no había sido resuelta al inicio del juicio que se comenta. En su exposición de motivos, el Consejo de la UE se había limitado a mencionar que la apelación se encontraba pendiente. Ya en la demanda, alegó que consideró pertinente esperar la resolución de la apelación para remover el nombre de la lista. Por tales motivos, el TPI consideró que el Consejo no había tenido en cuenta la información pertinente y, por ende, su Decisión no estaba propiamente motivada. Por esta razón anuló la Decisión¹²¹⁶.

¹²¹⁶ *Ibid.*, párr., 50-71, 168, 170-172, 187-189.

La serie de instancias judiciales recorridas por OMPI, ejemplifica la disposición de las autoridades europeas por re-enlistar a aquellas personas que ha obtenido sentencias anulatorias por parte del TJUE. En este contexto, se encuentra significativo el que la Decisión 2006/379/CE, de 29 de mayo de 2006, instrumento mediante el cual se había mantenido a OMPI en la lista antes de que se adoptasen las decisiones impugnadas en *PMOI I*, se haya adoptado tras la celebración de la vista que dio lugar a la sentencia relativa al caso *OMPI*, pero, por supuesto, antes de que el TPI rindiese tal decisión¹²¹⁷. Por el momento, un resultado favorable para los afectados por aplicaciones erróneas o excesivas de las medidas para la lucha contra el terrorismo derivadas de las resoluciones del CS en la UE, se encuentra condicionado hasta cierto grado por la efectividad que puedan mostrar el Consejo y la Comisión de la UE para seguir los principios establecidos en *Kadi 2008*. Aunque dicho cambio es bienvenido en cuanto que incrementa el grado de certeza y seguridad jurídica en torno a la aplicación de sanciones, no necesariamente implica mayor justicia para los afectados que, a la fecha, siguen sin una vía para poder demostrar su inocencia.

Sin duda alguna, puede afirmarse que uno de los aspectos cruciales que hasta hoy condicionan el alcance de la revisión judicial de las medidas de aplicación de las resoluciones antiterroristas del CS, es el acceso a las pruebas sobre la cuales se justifican las inclusiones en las listas internacionales y domésticas para que puedan ser valoradas adecuadamente por los tribunales. Sobre este tema, existen desarrollos recientes en relación al sistema de revisión internacional de INTERPOL. Como es sabido, INTERPOL es un organismo internacional que opera mediante un sistema de notificaciones especiales, que son circuladas por vía electrónica a solicitud de alguno de sus 190 Miembros. Mediante tales notificaciones, es Estado solicitante pretende que se arreste a la persona designada con miras a su extradición. Cabe recordar, que dicho sistema constituye una herramienta más para la implementación de las resoluciones antiterroristas del CS. Aunque las notificaciones especiales pudieran, en ciertas circunstancias ser sujetas a revisión judicial, sus efectos se determinan en gran medida por la propia INTERPOL, quien es responsable por la emisión y el mantenimiento de tales notificaciones. Siendo que generalmente INTERPOL goza de inmunidad de jurisdicción, para efectos prácticos, la revisión de las notificaciones especiales tendría que realizarse ante el mecanismo internacional de control instituida por esta para tales

¹²¹⁷ *Ibid.*, párr., 2.

efectos, es decir, la Comisión para el Control de los Archivos de Interpol (CCF). Dicho organismo, ha sido objeto de fuertes críticas en cuanto a la larga duración de sus procedimientos, la falta de experiencia de las personas que lo componen, la falta de razonamiento de sus decisiones y, sobre todo, el hecho de que la evidencia sobre la cual un Estado pretendía justificar la permanencia de una notificación especial desafiada no era revelada a quienes intentaban impugnarla¹²¹⁸.

No obstante, en noviembre de 2016, INTERPOL adoptó un nuevo Estatuto para el CCF mediante el cual, introduce una serie de recomendaciones para reforzar los procedimientos de dicho organismo. Entre tales, se incluye la creación de una sala para recibir peticiones de impugnación a las notificaciones especiales, el establecimiento de términos para los procedimientos a seguir y la composición de un panel decisorio compuesto por abogados expertos en la materia. Sin duda, la reforma más importante es el establecimiento de un principio de acceso mutuo a la evidencia entre el solicitante y el Estado que solicitó la notificación especial. Históricamente, la divulgación de dicha información solo puede realizarse bajo la autorización del Estado que la proporcionó. No obstante, el nuevo Estatuto reafirma la necesidad de consultar al Estado previo a la divulgación, por lo que, en la práctica, pudieran necesitarse cambios en la legislación interna de los Estados para que efectivamente se divulgue la información. Con todo, el nuevo Estatuto clarifica los criterios para que un Estado pueda negarse a revelar la información, entre lo que por supuesto se incluye la necesidad de proteger la confidencialidad de una investigación¹²¹⁹.

Alex Tinsley¹²²⁰, atribuye el cambio de actitud en la INTERPOL a los desarrollos jurisprudenciales acaecidos en el ámbito europeo a la influencia de asuntos como *Kadi*, *HMT c. A y otros* y *Nada* (TEDH). Como correctamente señala, dicha jurisprudencia sugiere que la revisión judicial de los actos de las OI podrá ser emprendida por tribunales regionales y locales ante la ausencia de mecanismos afines a la revisión judicial en el plano internacional. Advierte, que, aunque la naturaleza draconiana de las sanciones antiterroristas del CS resulta en una mayor efectividad de las mismas, al mismo tiempo, genera preocupación en cuanto al origen de la evidencia por medio de la

¹²¹⁸ Alex Tinsley, “Echoes of Kadi: Reforms to International Remedies at INTERPOL, EJIL Talk: Blog of the European Journal of International Law, enero de 2017, disponible en <https://www.ejiltalk.org/echoes-of-kadi-reforms-to-internal-remedies-at-interpol/>.

¹²¹⁹ *Ibid.*

¹²²⁰ *Ibid.*

cual se justifican su aplicación. Por ende, al considerar la naturaleza de las sanciones referidas, considera lógica la evolución jurisprudencial referida. Del mismo modo, resulta entendible el que la INTERPOL procure fortalecerse en función de tales desarrollos.

Las reformas emprendidas por INTERPOL, permiten dimensionar el impacto de la jurisprudencia hilvanada a través de la revisión judicial expresiva puesto que ponen de manifiesto la adquisición de conciencia por parte de otros organismos internacionales que, investidos con amplios poderes ejecutivos, conciben la posibilidad de que sus actos lleguen a ser indirectamente controlados por la comunidad global de tribunales en ascenso. Inclusive, ejemplos como el que se relata, permiten concebir escenarios en los cuales, el control indirecto a las resoluciones del CS inaugurado por el TJUE, se extiende hacia los actos de otros organismos internacionales que realicen funciones de gobierno a nivel internacional y, por ende, puedan afectar los DDDHH. Considerando la membresía cuasi universal de un organismo como INTERPOL y tomando en cuenta que opera prácticamente en todo el mundo, no sería inconcebible pensar en que algún tribunal doméstico ajeno al espacio europeo, se aventurase a revisar sus acciones, a la luz de los criterios establecidos en relación con la implementación de las resoluciones legislativas del CS.

Por el momento, aunque la negociación entre los tribunales nacionales y regionales y el CS parece encontrarse suspendida, se juzga que esta habrá de retomarse, ante la infortunada permanencia del fenómeno terrorista internacional. No obstante, precisamente en función de dicha realidad, el desarrollo posterior de los controles de legalidad hasta ahora establecidos se estima como una cuestión de extrema urgencia. Ciertamente, la erradicación del terrorismo internacional, debe permanecer como uno de los puntos más importantes a resolver, no solo en la agenda del CS, sino en la de la comunidad internacional en su conjunto. Por esta misma razón, las estrategias que se establezcan para tales efectos, deben implicar una mayor inclusión de los diversos actores relevantes. Hasta ahora, la revisión judicial expresiva ha sido un factor determinante para los progresos registrados. En este sentido, la comunidad internacional se ha visto ya enormemente beneficiada por el cambio de actitud acaecido en el CS, que ciertamente ha mostrado receptividad ante las críticas que representan las sentencias adversas a la implementación de sus regímenes de sanciones. Tal beneficio, podría incrementarse significativamente en la medida en que el máximo órgano político de

Naciones Unidas caiga en cuenta de que la ostentación de noveles poderes de naturaleza legislativa, conlleva la necesidad de controles adecuados para competencias de dicha índole.

Conclusiones

Hoy día, la proliferación de las OI, así como su diversificación funcional, ha devengado en un incremento de su participación en áreas de la más diversa índole dentro de la esfera internacional. Tal incremento, ha sido acompañado por una correspondiente expansión competencial, principalmente desarrollada con base en la doctrina de los poderes implícitos. El caso particular del CS, resulta representativo de tal situación, en cuanto a que constituye el ejemplo paradigmático de las complicaciones que pueden emerger cuando un organismo internacional asume funciones para la que dudosamente fue concebido. Para el máximo órgano político de la ONU, tales funciones han consistido en la emisión de actos legislativos, o bien, de actos normativos con efectos de amplio alcance, que pueden extenderse indefinidamente en el tiempo y penetrar en los ordenamientos jurídicos de la totalidad de los EMNU. Como corolario del proceso descrito, se ha venido sucediendo un cambio en la concepción que anteriormente se tenía sobre la inmunidad de jurisdicción de las OI, que otrora se juzgaban incapaces de realizar actos susceptibles de afectar los DDHH de los particulares. Aunque ciertamente se contemplaba la posibilidad de que sus actos pudiesen llegar a impactar hasta cierto grado los derechos fundamentales de los individuos, no fue sino hasta que, habiendo iniciado su periodo expansivo; que, por medio de ciertas acciones del CS emprendidas sobre un amplio entendimiento de lo que implica el concepto de “amenaza a la paz” comprendido en el artículo 39 de la CNU, se evidenciaría la necesidad de implementar algún mecanismo de control de legalidad a las decisiones del CS.

A falta de controles expresamente señalados en la CNU, la doctrina se ha empeñado en buscar vías implícitas en dicho instrumento con el afán de limitar las acciones expansivas del CS. Recientemente, la posibilidad de ejercer una especie de control jurisdiccional a las decisiones del CS en virtud de los límites que le impone el Derecho Internacional, y la misma carta fundacional de la que deriva, irrumpió en la jurisprudencia de la CIJ durante el desahogo del caso *Lockerbie*. Por medio de la sentencia interlocutoria alcanzada en dicho asunto, la CIJ continuaría la línea jurisprudencial inaugurada a través de ciertas opiniones consultivas, por medio de las cuales, venía realizando una revisión incidental de las resoluciones del CS, tendiente a confirmar la presunción de legalidad de sus actos, misma que previamente había

establecido por medio la Opinión Consultiva relativa al asunto de *Ciertos Gastos*. En este último pronunciamiento, la Corte dejó entrever el carácter no absoluto de tal presunción, al señalar la posibilidad de que el CS, o bien cualquier otro organismo de Naciones Unidas, pudiese llegar a actuar más allá de su ámbito competencial. *Lockerbie*, representó un ataque frontal a la presunción de validez de las decisiones del CS, antes incuestionables, suscitado por la inquietud generada a raíz de la controversial determinación de amenaza a la paz en torno a dicho asunto.

La decisión de la CIJ provocó reacciones encontradas que oscilan entre quienes consideraban que, al dejar abierta la posibilidad de revisar los actos del CS en la correspondiente fase de méritos, el principal órgano judicial de la ONU excedía sus funciones al actuar como si de una corte constitucional se tratara, y entre aquellos para quienes la Corte había dejado pasar la oportunidad de controlar las acciones excesivas del CS. Es mi opinión, que *Lockerbie* constituye el primer intento de éxito relativo por controlar los actos del CS. Finalmente, aunque el caso fue resuelto extrajudicialmente por medios diplomáticos, la decisión alcanzada por la CIJ resultó en un ejercicio de *revisión judicial expresiva*, por medio del cual, la Corte envió un mensaje al CS sobre la necesidad de ajustar sus acciones de forma tal que resultasen incuestionables a la luz de la CNU. No obstante, las limitaciones estructurales del ordenamiento jurídico al que responde, así como cierta falta de voluntad política de su parte, impidieron la realización de un auténtico control judicial a los actos del CS por parte de la CIJ. Por ahora, aunque no puede descartarse la eventual ocurrencia de tal revisión, se entiende como todavía remota, puesto que, como se ha visto, los mecanismos existentes para activar la jurisdicción de la CIJ, bien sea en su faceta contenciosa o consultiva, ofrecen limitadas posibilidades al respecto.

Como esta tesis doctoral ha puesto de manifiesto, asuntos como *Lockerbie* y *Genocidio en Bosnia*, revelaron el potencial del poder de revisión de la Corte cuando este se construye en términos de la revisión judicial expresiva. Dicho modelo, le permite realizar pronunciamientos no vinculantes sobre los poderes del CS, que pueden resultar en un instrumento de deslegitimación de los actos de este último. De esta forma, a través de sus *obiter dicta*, o bien por medio de las opiniones separadas de los jueces que la conforman -sean estas concurrente o disidentes-, la Corte envía señales, no solo al CS, sino la comunidad internacional en su conjunto, sobre la necesidad de que este último reflexione los mensajes recibidos y realice cambios en sus políticas. Con base a

los expuesto, se afirma que la falta de fuerza vinculante de tales pronunciamientos, no debe restar importancia al impacto que eventualmente podrían tener en la práctica del CS, y, por tanto, en el desarrollo del Derecho Internacional. A través de la revisión judicial expresiva, la CIJ ha contribuido a la erosión de la doctrina de la cuestión política, ideología que ha sido empleada para justificar todo tipo de acciones del CS en función del principio de efectividad. Al negarse a descartar por completo la posibilidad de revisar judicialmente las resoluciones del CS en *Lockerbie*, la CIJ colabora a la desmitificación de la idea que concibe al CS cómo un órgano que puede operar irrestricto de cualquier escrutinio judicial a sus acciones.

Con todo, se desprende de la investigación realizada y expuesta en el presente estudio que las circunstancias que rodeaban a *Lockerbie*, ofrecían condiciones poco favorables para ejercer un control judicial por medio del cual, se decretase la ilegalidad de una resolución del CS. Sin embargo, eventualmente se emprenderían nuevas acciones judiciales involucrando desafíos a sus actos. Basadas en violaciones a los DDHH, y desahogadas ante instancias locales y regionales, tales demandas resultarían en escenarios de mayor idoneidad para cuestionar las decisiones del Órgano. Aunque éstas no fueron exclusivamente circunscritas al espacio geográfico europeo, fue en dicho escenario, caracterizado por la particular conjunción de diversos ordenamientos jurídicos interactuando en múltiples niveles, donde se desarrollaría un control que, si bien formalmente puede calificarse de indirecto, ha limitado de forma efectiva los actos del CS. Dicho proceso, se genera a raíz de ciertas tensiones emergidas en las relaciones internacionales de la UE, suscitadas por el solapamiento entre el ordenamiento jurídico comunitario y el sistema jurídico internacional, representado en el ordenamiento de Naciones Unidas. Tal solapamiento, resulta, principalmente, de la divergencia en el respectivo grado de protección a los DDHH imperante en cada uno de los planos jurídicos involucrados.

A grandes rasgos, la problemática en torno al enfrentamiento descrito consta de dos dimensiones. Una primera, surge a raíz del deseo por parte de la UE por distinguirse como un sujeto cabal de Derecho Internacional, caracterizado por encabezar la cooperación internacional y el respectivo desarrollo normativo que la acompaña. Una segunda dimensión, se relaciona con otro de los objetivos primordiales de la UE, consistente en garantizar la protección integral de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Ante ciertas acciones del CS, dichos objetivos, aparentemente

complementarios, fueron percibidos en ciertas instancias judiciales como contradictorios. Tal situación, condujo a un escenario en el cual, ante las primeras demandas presentadas en torno a la implementación de sanciones decididas por el CS, bien se tratase de sanciones comprensivas o selectivas, los tribunales operantes en el espacio geográfico europeo otorgaron un mayor peso al valor relativo a la cooperación internacional. Inicialmente, dicha inclinación fue puesta en práctica en ausencia de una valoración adecuada del objetivo legítimamente perseguido de mantener la seguridad internacional, ante el fin, igualmente legítimo, de asegurar una protección adecuada a los DDHH de aquellas personas que pudiesen verse indebidamente afectadas por las resoluciones del CS. Eventualmente, y ante el incremento de demandas presentadas en relación con la implementación de los regímenes de sanciones del CS, los tribunales regionales y domésticos europeos, diversificarían sus posturas en un intento por encontrar cierto balance entre la cooperación internacional en el ámbito de la seguridad colectiva y el respeto a los DDHH.

De tal manera, los tribunales nacionales y regionales radicados en Europa, iniciarían una discusión entre los diversos actores regionales e internacionales involucrados en la cadena de decisiones que conducen a la implementación de las sanciones del CS. De esta forma, el sentido que caracterizaría a dicha controversia, se definiría en términos del grado de adhesión o desapego del sistema jurídico comunitario para con el ordenamiento de Naciones Unidas. *Grosso modo*, dicho encauzamiento generaría el ascenso de tres enfoques por medio de los cuales, los diversos operadores jurídicos involucrados abordarían el solapamiento entre los referidos ordenamientos jurídicos.

Un primer enfoque, al que se ha calificado en este estudio como “deferencial” o de “subordinación gentil” ante la ONU, se caracteriza por una fuerte inclinación a favorecer los objetivos de Naciones Unidas ante una escasa consideración de los DDHH implicados, a menudo realizada en términos formalistas. Bajo este esquema, se interpreta la fuerza vinculante del artículo 103 de la CNU como excluyente de cualquier posibilidad de revisar, directa o indirectamente, cualquier decisión del CS en cuanto a que una acción de dicha naturaleza se considera contraria a las obligaciones de los Estados dimanadas de la CNU. Dicho enfoque, ha sido criticado en cuanto a que relativiza el cumplimiento de otras obligaciones internacionales, específicamente, la protección a los DDHH, y puesto a que arroja resultados difícilmente compatibles con la CNU, debido a que, con base a consideraciones de seguridad, termina socavando las

garantías procesales de los individuos afectados. Un segundo enfoque, al que se ha referido en el presente trabajo como de “desapego” hacia el sistema ONU, ha sido calificado con base a una óptica teñida de cierto dualismo, a través de la cual, se favorece el respeto por los principios fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario encarnados en los DDHH sobre las obligaciones de la UE adquiridas por vía convencional, incluso, a través de la CNU. Tal aproximación, empleada brevemente como una repulsa ante la propagación del enfoque deferencial, prevalecería por poco tiempo cediendo paso a un tercer enfoque que, al menos por el momento, parece haber desplazado a las orientaciones basadas en la subordinación y el desapego. Este último enfoque, al que se ha adjetivado como “armonizador”, sintetiza los encuadres anteriores, puesto que se caracteriza por procurar el balance más adecuado posible entre ambos ordenamientos jurídicos. A través de técnicas de interpretación creativas, pretende garantizar el debido respeto por los DDHH, al tiempo en que procura asegurar, simultáneamente, el cumplimiento de las decisiones del CS.

A la luz del análisis de un número considerable de sentencias emitidas por los tribunales regionales y locales europeos realizado en este estudio, se concluye que, hasta ahora, el enfoque armonizador parece estar permeando en la jurisprudencia de dichos tribunales que revisan la implementación de las resoluciones del CS. Al mismo tiempo, se juzga que ha contribuido a la generación del clima político adecuado que ha conducido a las reformas en los mecanismos de inclusión y supresión de las listas de sanciones, a través de las cuales se ha mejorado la protección de los DDHH de los afectados tanto en el plano comunitario como en el internacional. No obstante, el proceso descrito ha sido errático en cuanto a que se ha desarrollado en torno a temas de especial sensibilidad política. Sobre estos, los actores involucrados han ostentado posiciones contradictorias, no siempre dispuestos a realizar concesiones. Por ahora, la emisión de las decisiones alcanzadas a través de las sentencias *Kadi 2010* y *Kadi 2013*, parece haber sentado una nueva tónica en el ámbito europeo, que manifiesta una voluntad armonizadora, por medio de la cual se pretende un balance equilibrado entre los intereses en juego. El éxito de dicho enfoque, dependerá de la voluntad que tengan los diversos actores involucrados por considerar todos los valores jurídicos implicados, de forma tal que les permita realizar las concesiones necesarias para alcanzar dicho balance. Sin embargo, debe considerarse que no puede alcanzarse un equilibrio ideal. Siendo que la labor de un juez consiste precisamente en elegir el interés en conflicto que

debe prevalecer, se espera que por medio del enfoque armonizador, la actividad jurisdiccional en torno a la aplicación de las sanciones selectivas del CS, se vea incrementada en cuanto a su equidad.

En este contexto, la tesis ha prestado atención particular a la decisión alcanzada por el TJ en *Kadi 2013* destacando el grado en que representa un *impasse* en el dialogo sostenido a raíz de la implementación de las sanciones antiterroristas del CS entre dicho Organismo y la judicatura operante en los diversos niveles jurídicos que convergen el espacio geográfico europeo. Dicho dialogo, se origina en torno al asunto *Bosphorus*, resuelto en instancias respectivas por el TJUE y el TEDH. Por medio de una cuestión prejudicial, el TJUE confirmó la legalidad de una decisión tomada por autoridades irlandesas tendiente a la implementación del régimen de sanciones comprensivas instaurado por el CS en torno al conflicto en la Ex Yugoslavia. Así, sostuvo que dentro del ordenamiento jurídico comunitario resulta posible restringir el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, si tales limitantes obedecen a la necesidad de implementar las sanciones derivadas de la ONU con total efectividad. Pese a haber confirmado la legalidad de las medidas controvertidas, el fallo se considera indicativo de la intención por parte del TJUE de encontrar un balance entre las obligaciones aparentemente contradictorias de la UE, en cuanto a que no justifica la legalidad de las medidas en virtud de la doctrina de la inmunidad de jurisdicción, sino que, más bien, la encuentra aducida en la proporcionalidad de las sanciones con respecto al objetivo perseguido.

Ulteriormente, al ocuparse del mismo asunto, el TEDH desarrollaría una fórmula para conciliar el respeto al CEDH, ante posibles inaplicaciones de dicho instrumento cuando la UE actúa cumplimiento de sus obligaciones dimanadas de la CNU. En relación con el caso *Bosphorus*, dicho enfoque llegaría a ser conocido como el principio de protección equivalente. Por medio de tal parámetro, el TEDH otorgaba una presunción de legalidad del derecho comunitario para con el CEDH, siempre y cuando el primero ofreciera una protección equivalente a aquella dispensada por el Convenio. Dicha equivalencia, fue entendida por el TEDH como comparable, más no idéntica, al grado de protección reconocido en dicho instrumento. De esta forma, el Tribunal estableció un estándar de revisión por medio del cual, únicamente cuando la protección a los DDHH de los afectados resultase manifiestamente deficiente, podría considerarse la prevalencia de las obligaciones contenidas en el CEDH frente a aquellas derivadas de los intereses relativos a la cooperación internacional.

Pese a su alcance limitado, el principio de protección equivalente posee la virtud de intentar mantener activa y eficiente la cooperación internacional de la U al tiempo en que fija un estándar, si bien de carácter mínimo, respecto al grado de compatibilidad que se espera de dicha entidad al cumplir sus obligaciones dimanadas de la CNU en comparación con aquellas relativas al CEDH. De esta forma, el TEDH realiza una importante concesión, al anteponer la cooperación internacional frente al objeto que constituye precisamente su *raison d'être*, es decir, garantizar la correcta aplicación del CEDH por parte de sus signatarios. Dicho compromiso, tempranamente ocurrido en el proceso que venimos describiendo, puede considerarse realizado bajo un enfoque armonizador puesto que, pese al lugar preponderante que reconoce a las obligaciones dimanadas de la CNU en el espacio comunitario, termina condicionando su aplicación, indirectamente y a través de los actos de ejecución realizados por la UE, a una implementación consistente con el sistema regional de protección a los DDHH que se le ha encomendado guardar. No obstante, la presentación de nuevas demandas en relación con la implementación de las sanciones del CS, evidenciaría diversas complicaciones entorno a la prevalencia del enfoque de protección equivalente.

Meses después de la emisión de la sentencia *Bosphorus* por el TEDH, el TPI dictaría, en septiembre de 2005, la controvertida sentencia *Kadi 2005*. Tres años antes, había dado trámite a la primera demanda presentada a nivel comunitario en relación con los actos de ejecución de las sanciones antiterroristas del CS, al ocuparse del caso *Aden y Otros*. No obstante, siendo que las autoridades suecas habían realizado gestiones exitosas ante el Comité de Sanciones, logrando la supresión de dos de sus ciudadanos de la lista consolidada, el caso quedó pendiente de resolución tras el desistimiento de tales individuos. En *Kadi 2005*, el TPI inauguraría su propio enfoque deferencial, ajustado a la implementación de sanciones selectivas. Por medio de dicha aproximación, se consideraría impedido para revisar las medidas comunitarias que implementaban las resoluciones del CS, puesto que tal revisión constituiría una intrusión indebida a las prerrogativas del Consejo. No obstante, evidenciando cierta preocupación por la situación de vulnerabilidad de los afectados que resultaba de aplicar dicho razonamiento, se consideró competente para revisar las medidas impugnadas a la luz del *jus cogens*, entendido como un conjunto de normas de orden público internacional capaz de limitar, incluso, al CS.

La solución alcanzada por el TPI ha resultado problemática en varios niveles. Principalmente, se considera que el empleo de dicha fórmula ubicó a los afectados en un Estado de virtual indefensión, puesto que resultaba prácticamente imposible comprobar una violación de sus derechos tal y como se encuentran tutelados por el *jus cogens*. En este sentido, la sentencia del fue blanco de múltiples críticas, por medio de las cuales se reprobaba una decisión, que lejos de reflejar su función de tribunal constitucional europeo, lo asimilaba a una suerte de agente de Naciones Unidas. Tal circunstancia, se evidenciaría nuevamente en relación con los casos subsecuentes de *Ayadi y Hassan*, resueltos por el TPI en julio de 2006. Fiel al enfoque desarrollado en *Kadi 2005*, el Tribunal intentó aminorar los efectos negativos de la falta de protección que resultaría para los afectados, decretando la obligación por parte de los Estados Miembros de la UE de ejercer la protección diplomática ante el Comité de Sanciones cuando esta les fuese solicitada. El establecimiento de dicha obligación, que sin duda alguna constituye un alejamiento de la ortodoxia relativa al ejercicio de la protección diplomática, refleja un esfuerzo por parte del TPI por atenuar las deficiencias en materia de protección de las que adolecía el procedimiento de remoción ante el Comité de Sanciones. No obstante, dicho esfuerzo resultó insuficiente puesto que, aplicando un estándar de revisión basado en las normas imperativas de Derecho internacional, inevitablemente se llegaría a la conclusión de que las restricciones de protección vigentes en el sistema onusiano, no podían considerarse inadmisibles desde el punto de vista del *jus cogens*.

Más que una auténtica revisión judicial, el empleo del estándar basado en el *jus cogens* resultó en un discutible ejercicio de negociación por parte del TPI, por medio del cual, evidenció la intención de favorecer el cumplimiento de las obligaciones comunitarias impuestas por la ONU, por encima de la protección que debió garantizar a los derechos fundamentales de los afectados. De esta forma, pese a haber reconocido la insuficiencia de garantías en el procedimiento de remoción ante el Comité de Sanciones, terminó convalidando las medidas impugnadas alegando su compatibilidad con las normas de *jus cogens*. Dicho razonamiento, se revelaría como incongruente a raíz de la decisión alcanzada en relación con el caso *OMPI*. Por medio de dicha sentencia, el TPI estableció una distinción entre los afectados por las sanciones antiterroristas del CS, con base al plano jurídico en donde inicialmente se habían decidido las medidas. De tal manera, aquellas personas que como Kadi, Ayadi o Hassan, habían sido sancionadas de

forma centralizada por el Comité de Sanciones, en cumplimiento de la resolución 1267 de (1999) del CS, permanecían sujetos a la escasa protección que podía conferírseles a través del estándar de revisión basado en el *jus cogens*. Por otro lado, aquellas personas cuyas sanciones hubiesen sido decididas por las autoridades comunitarias, en cumplimiento de lo prescrito por la resolución 1373 (2001), podían esperar una revisión sustantiva de sus asuntos por parte de los tribunales comunitarios. Para el TPI, la distinción se justificaba en función de que, al ejecutar el primer grupo de sanciones, la UE actuaba bajo competencias regladas que impedían considerar cualquier margen de apreciación al implementar las decisiones del CS. Por otro lado, al implementar las medidas decididas a nivel comunitario, las autoridades comunitarias actuaban bajo competencias propias, que les permitían cierta latitud al momento de aplicarlas. Tal latitud, dejaba un espacio de maniobra suficiente para modular la aplicación de las sanciones sin que esto representase, al menos formalmente, un desafío para las decisiones del CS.

A través de *OMPI*, el TPI pone de manifiesto la insuficiencia del proceso sancionador europeo desde el punto de vista de los DDHH. Se advierte, que, en su versión inicial, el procedimiento comunitario había mantenido algunas deficiencias asociadas con el proceso internacional derivado del régimen 1267. No obstante, con anterioridad al desahogo de *OMPI*, había sido modificado de forma tal que incluía algunas garantías adicionales con respecto a su instauración primaria. Inicialmente, la mayor diferencia entre ambos sistemas resultaba en que el sistema europeo incluía criterios mucho más detallados para que los Estados justificasen sus propuestas de inclusión. Además, establecía el requerimiento de que la inclusión fuese decidida por una autoridad nacional competente, habiéndose realizado una investigación o enjuiciamiento por un acto terrorista; o bien teniendo indicios de la intención de cometer, participar o facilitar la comisión de dicho acto con base a evidencia seria y creíble; o bien ante la existencia de una condena por tales actos. A diferencia del proceso centralizado, el proceso europeo permaneció inafectado hasta finales del año 2006, cuando fue reformado tras la sentencia *OMPI*. Así, no solo se incluyó un resumen de razones para la inclusión; sino que, además, se permitió la reconsideración de dicha inclusión; se instituyó un sistema de notificaciones a través del cual se comunica a los afectados la manera en que pueden solicitar excepciones humanitarias, así como el procedimiento a seguir para lograr su exclusión de las listas. Asimismo, la UE emitió

una declaración a través de la cual se informaba la posibilidad de desafiar judicialmente la imposición de las sanciones ante el TPI.

Considerando lo anterior, el eventual abandono del estándar de revisión basado en el *jus cogens* resulta comprensible. En este sentido, se encuentra significativo el que el TPI haya extendido el grado de protección para aquellos sancionados de forma descentralizada a través del procedimiento comunitario entablado para el cumplimiento de la resolución 1373 (2001), llegando incluso a reconocerles el derecho de acceso a los tribunales; cuando, por otro lado, al confirmar tal decisión en una serie de asuntos subsecuentes, reiteró la distinción establecida en *OMPI*, negando el mismo estándar de protección a personas afectadas por medidas que, al margen del plano jurídico en que habían sido adoptadas, representaban las mismas consecuencias jurídicas para los afectados. Tal ocurrencia, solo puede explicarse tomando en cuenta la fuerte inclinación del Tribunal por evitar una confrontación directa con el CS. No obstante, no puede considerarse que la decisión brindada en *Kadi 2005*, así como aquella rendida en relación al caso *Aden y Otros*, hayan carecido de impacto alguno con relación a los regímenes de sanciones, puesto que, los efectos que estas produjeron, contribuyeron al surgimiento de las primeras mejoras del procedimiento ante el Comité de Sanciones, incluso, antes de las reformas comunitarias aludidas.

Pese a que el manejo del caso *Aden y Otros* produjo resultados infructuosos desde el punto de vista de los afectados, junto a este, las gestiones realizadas internacional y regionalmente por el Estado sueco para lograr la remoción de sus ciudadanos, generaron la presión suficiente como para que el CS se decidiese a implementar las primeras mejoras al régimen 1267, incluso antes de que se reformase drásticamente el procedimiento europeo. De forma paralela a la ventilación de dicho asunto, en noviembre de 2002, se introdujo el primer procedimiento de remoción, de naturaleza interestatal. Poco después, con fecha del 8 de diciembre del mismo año, el CS adoptó la resolución 1452 (2002) por medio de la cual introdujo excepciones humanitarias en relación con las sanciones del régimen 1267. De tal manera, decidió que las medidas concernientes al congelamiento de fondos y activos no serían aplicables a partir de ese momento a aquellos fondos necesarios para sufragar gastos básicos, incluido el pago de alimentos, alquileres o hipotecas, medicamentos y tratamientos médicos, impuestos, primas de seguros y gastos de agua y electricidad, o exclusivamente para pagar honorarios profesionales razonables y el reembolso de gastos asociados con la

prestación de servicios jurídicos o tasas o cargos por servicios de mantenimiento de fondos congelados u otros activos financieros o recursos económicos.

A dichas mejoras, siguieron aquellas realizadas mediante la resolución 1526 (2004), por medio de la cual, el CS exhortó a los EMNU para que, al incluir nombres en la lista, presentasen, en la medida de lo posible, información que demostrase la asociación de las personas o entidades propuestas con Al-Qaida, Usama bin Laden y los talibanes. Un año después, a través de la resolución 1617 (2005), decidiría los actos que determinarían que personas, grupos, empresas o entidades podían calificarse de “asociados” con Al-Qaida, Usama bin Laden o los talibanes. Asimismo, mediante dicho instrumento, convirtió en obligatorio el exhorto realizado mediante la resolución 1526 (2004) por medio del cual pretendía inducir a los Estados a incluir información que demostrase la asociación de las personas propuestas para ser incluidas en la Lista Consolidada con los grupos terroristas referidos. Igualmente, decidió que, en adelante, los Estados deberían proporcionar al Comité de Sanciones una exposición en que se describiera la justificación de la propuesta. Finalmente, pidió a los Estados que, en la medida de lo posible, comunicasen a las personas y entidades de la lista las medidas impuestas en su contra, las directrices vigentes del Comité y, en particular, el procedimiento para ser incluido en la lista y suprimido de ella, así como las excepciones humanitarias contenidas en la resolución 1452 (2002).

Incluso en esta primera etapa, puede apreciarse el impacto que la presión internacional ha tenido sobre la estructura de los regímenes de sanciones antiterroristas del CS. Todavía, el movimiento generado por *Kadi 2005*, propiciaría condiciones para la adopción de nuevas reformas en el plano internacional, que, aunque insuficientes, ciertamente resultaron en un beneficio para la causa de los DDHH. En este sentido, se advierte que, a escasos dos meses de haberse rendida tal decisión, el CS, decidido a asegurar la existencia de procedimientos justos y claros para incluir a personas y entidades en las listas de sanciones y suprimir sus nombres de ellas, aprobaría la resolución 1730 (2006), a través de la cual decidía la instauración del punto focal, permitiendo que los afectados presentaran solicitudes de exclusión directamente ante dicho organismo. Más adelante, en su resolución 1735 (2006), el CS anexó un formulario para incluir nombres en la Lista Consolidada, centrándose en aspectos relevantes como la justificación e información relativa a la propuesta.

No obstante, tras la adopción de dichas reformas, el procedimiento de remoción ante el Comité de Sanciones no sería sujeto a mejoras significativas hasta la instauración de la Oficina del Ombudsman, decidida en el año 2009, aproximadamente un año después de haber sido emitida la sentencia *Kadi 2008*. Entretanto, el enfoque deferencial inaugurado por el TPI en *Kadi 2005*, permearía en la jurisprudencia de ciertos tribunales regionales y nacionales europeos. De tal manera, se habían creado dos clases de sancionados que, en atención a la autoridad que había decidido las medidas que los afectaban, se encontraban sujetos a estándares disímiles de revisión, pese a haber sido sancionados por razones análogas, con el fin de cumplir los mismos objetivos. Todavía, en fecha 2 de mayo de 2007, el TPI resolvería los asuntos *Stichting Al-Aqsa* y *Jose María Sisón* en favor de los demandantes, al tiempo en que reafirmaba la distinción establecida en *OMPI*. Del mismo modo, el 3 de abril de 2008, los casos *Kongre-Gel* y *Osman Ocalan*, fueron resueltos con base a los criterios definidos en dicho pronunciamiento.

De forma paralela, la postura deferencial del TPI llegaría a afectar la jurisprudencia del TEDH. En mayo de 2007, dicha autoridad emitió la sentencia relativa a los asuntos *Behrami/Saramati*. Tal decisión, puede considerarse un ejercicio de evasión judicial, en cuanto a que, a través de consideraciones discutibles en torno al concepto de atribución, el Tribunal eximió a los Estados implicados de la responsabilidad relativa a presuntas violaciones a los DDHH de los afectados, derivadas de la implementación de ciertas resoluciones del CS. Al fincar la responsabilidad de tales actos directamente sobre la ONU, el Tribunal se entendió incompetente para conocer los casos. En consecuencia, las demandas fueron declaradas como inadmisibles y, los demandantes, se encontraron desprovistos de protección. Aunque los casos aludidos presentaban condiciones de hecho y derecho distintas a aquellas tocantes a los asuntos relativos a la implementación de sanciones antiterroristas, todavía, la no aplicación del principio de protección equivalente desarrollado por el TEDH en *Bhosphorus*, suscita cuestionamientos en cuanto a los motivos de dicha autoridad para resolver los asuntos en comento sobre la base de la atribución. Se sugiere, que tal decisión obedece, al menos en parte, a la percepción imperante en aquel momento, reafirmada por *Kadi 2005*, de acuerdo a la cual, pese su incompatibilidad con los sistemas jurídicos receptores, los tribunales regionales y locales operando en el espacio europeo mostrarían su indisponibilidad a

controlarlas, incluso de forma indirecta, con base a la importancia de los objetivos que persiguen.

Al mismo tiempo, el enfoque deferencial comenzaba a hacerse presente en la jurisprudencia de ciertos tribunales domésticos. En noviembre de 2007, la Corte Federal Suiza resolvió el asunto *Nada* de acuerdo a los criterios empleados por el TPI en *Kadi 2005*. Aplicando el mismo estándar de valoración, la Corte únicamente difirió en el punto relativo al carácter imperativo de los derechos controvertidos. Por lo demás, la decisión del máximo tribunal suizo arroja los mismos resultados que aquella del TPI: el demandante, quien carece de protección adecuada a nivel internacional, debe considerar que sus DDHH han sido debidamente restringidos en función de los objetivos del CS. Del mismo modo, la línea jurisprudencial inaugurada por el TEDH en *Beherami/Saramati*, incurría en las decisiones de los tribunales internos. Así, al resolver el caso *Al-Jedda*, asunto fáctica y jurídicamente similar a *Saramati*, la Cámara de los Lores aplicó consideraciones similares a aquellas empleadas por el TEDH en este último asunto. No obstante, llegó a conclusiones diversas en materia de atribución, al considerar que los hechos controvertidos eran imputables al Estado implicado, en este caso, al Reino Unido, y no a la ONU. Sin embargo, consideró que la obligación de tutelar los derechos impugnados, misma que el Reino Unido había elegido libremente cumplir, podía ser desplazada por razones imperiosas de seguridad, de forma tal que se permitiese la realización de los objetivos del CS.

Así las cosas, el enfoque deferencial ganaba terreno en las distintas instancias judiciales que convergen en el espacio europeo. No obstante, en septiembre de 2008, la decisión alcanzada en *Kadi 2008* contribuiría de forma significativa al desvanecimiento de dicho panorama. *Kadi 2008*, representa el punto de inflexión que finalmente conduciría al desplazamiento del enfoque de subordinación gentil a favor de orientaciones basadas en aproximaciones tendientes a la armonización. Tildado en ciertos círculos como aislacionista, el enfoque desarrollado en dicha sentencia fue objeto de severas críticas, en el sentido de que, al aplicar estándares comunitarios a la revisión de las decisiones que implementan las resoluciones del CS, el TJUE ignoró la jerarquía normativa imperante en el sistema jurídico internacional. Su postura, evidencia un entendimiento amplio, incluso, evolutivo, del artículo 103 de la CNU, puesto que permitió al Tribunal considerar la existencia de un margen de apreciación en la implementación de las resoluciones del CS, por medio del cual, resulta posible

considerar que la revisión de las medidas comunitarias no implica una intrusión en las prerrogativas del CS. De acuerdo con el TJUE, el hecho de que la CNU no especifique la manera en que los Estados habrán de cumplir con dicha obligación, evidencia la existencia de un margen de apreciación, mismo del que deriva la facultad comunitaria de modular la implementación de las decisiones del CS. Dicha interpretación, es consistente con los diversos señalamientos realizados por el CS, en el sentido de que corresponde a los Estados asegurar que, al cumplir con sus obligaciones relativas al combate al terrorismo internacional, se adopten medidas concordantes con sus obligaciones en Derecho Internacional, particularmente con aquellas dimanadas del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Con todo, persisten algunas dudas sobre la solución alcanzada por el TJUE. Esencialmente, genera inquietud el que, pese a haber considerado la importancia de la misión encomendada al CS, el Tribunal haya optado por justificar la revisión de las medidas comunitarias de implementación desde la perspectiva del derecho comunitario. Se ha criticado, que, al afirmar su obligación de garantizar la tutela judicial efectiva en el espacio jurídico comunitario de acuerdo a los preceptos constitucionales de dicho ordenamiento, el Tribunal parece obviar el principio fundamental reflejado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados según el cual, los Estados no pueden invocar previsiones de Derecho Interno con el fin de incumplir sus obligaciones internacionales. Con todo, no puede considerarse que la CNU exija la primacía de las decisiones del CS en todo momento, incluso cuando su implementación contravenga el Derecho Interno nacional de los DDHH. Por el contrario, algunas de las sentencias rendidas por los tribunales locales y regionales comprueba precisamente lo contrario.

Específicamente, el TEDH ha desarrollado su propio enfoque armonizador, a través de la resolución de casos como *Nada* y *Al-Jedda*. En dichos asuntos, empleo una exégesis fundamentada en interpretaciones lingüísticas de las resoluciones del CS, que se realiza con base a la presunción de su compatibilidad con el Derecho Internacional de los DDHH. No obstante, la exégesis lingüística tiene sus límites. Bastaría el empleo de lenguaje un tanto más preciso por parte del CS al adoptar sus resoluciones para que esta resultase inoperante. Con todo, se juzga prácticamente imposible que el CS reconozca la necesidad de suspender ciertos DDHH para la adecuada implementación de sus resoluciones. Por el contrario, la efectividad del método interpretativo del TEDH radica

precisamente en la obligación del CS de respetar los propósitos y principios contenidos en la CNU, entre los cuales, figura el respeto y la promoción de los DDHH. Por ello, no sorprenden las constantes reiteraciones del CS en el sentido de que los Estados, al implementar cualquier medida relativa a la lucha contra el terrorismo, están obligados a respetar el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los DDHH.

Paralelamente, la sustitución del enfoque deferencial catapultada por *Kadi 2008* había dejado sentir sus efectos en el plano internacional. Como se recordará, en el año 2009, el CS instauró la Oficina del Ombudsman mediante la resolución 1904 (2009). Bajo los criterios sentados en *Kadi 2005*, la Oficina del Ombudsman se hubiese concebido como un mecanismo de amplia suficiencia para proteger los derechos fundamentales de los afectados. No obstante, cuando el TPI se refirió a la institución de dicha figura en *Kadi 2013*, consideró que esta no ponía en entredicho las deficiencias identificadas en el proceso de remoción ante la ONU por el TJ en *Kadi 2008*. Entre tales deficiencias, destacaba el hecho de que el proceso decisorio seguía condicionado al consenso de los Miembros del Comité de Sanciones, así como la falta de acceso a la información de la que seguían padeciendo los afectados. Con posterioridad, el CS adoptaría la resolución 1988 (2011) a través de la cual, decidió que en los casos en que un Estado proponente presentase una solicitud de supresión, la obligación del resto de los Estados de adoptar medidas quedaría sin efecto respecto de esa persona, grupo, empresa o entidad después de 60 días salvo que el Comité decidiera por consenso, antes del fin de dicho periodo, que las medidas continuaran en vigor. En estos casos, de no existir consenso entre los Miembros del Comité, el asunto será turnado directamente al CS para que fuese este, dentro de un plazo de 60 días, durante el cual se mantendrán vigentes las medidas, el que finalmente decidiera si procedía o no la supresión de la lista. Pese a tales desarrollos, haciendo eco de la sentencia *Nada* rendida por el TEDH, el TJ reafirmó en *Kadi 2013* la posición anteriormente manifestada por el TPI en *Kadi 2010*, mediante la cual había afirmado la indispensabilidad de la intervención judicial comunitaria puesto que, pese a las mejoras introducidas en los procedimientos de eliminación de la lista y revisión de oficio de la misma a nivel de la ONU no ofrecían las garantías de una tutela judicial efectiva.

En este contexto, resulta posible advertir el surgimiento de un *impasse* en la controversia que se ha venido delineado. Por un lado, los tribunales nacionales y

regionales europeos parecen haber cerrado filas al adoptar un enfoque común de revisión, que tiene como mecanismo de activación el principio *Solange*. A través de dicha perspectiva, envían un mensaje al máximo órgano político de Naciones Unidas sobre los requisitos que habrán de cumplir sus procedimientos de control interno para que se respete la autonomía de sus decisiones en el ordenamiento europeo. Por otro lado, el CS parece satisfecho con el grado de protección que han alcanzado los procedimientos ante el Comité de Sanciones por medio de las modificaciones hasta ahora realizadas.

Con base las consideraciones anteriores, se concluye que los tribunales regionales y locales que operan en el espacio geográfico europeo, han conseguido exitosamente desarrollar mecanismos de control judicial indirecto a las resoluciones del CS. Tal desarrollo, se desenvuelve dentro un proceso más amplio, consistente en el empleo de un modelo de revisión judicial expresiva, que, a su vez, ocurren en torno a un modelo de constitucionalismo internacional imperfecto. A través de la paradigmática sentencia *Kadi 2008*, el TJ realizó un control constitucional a las decisiones del CS. Siendo que formalmente no puede aplicar los principios del ordenamiento jurídico europeo a la ONU -mismos que de acuerdo con la visión constitucionalista coinciden con los valores que integran el incipiente orden público internacional-, termina controlando los actos de implementación de las resoluciones del CS. Ante el abrumante peso de la doctrina de la cuestión política, la empresa del TJ corría el peligro de quedar en un incidente aislado. No obstante, la emulación de sus postulados por parte de otros tribunales regionales y locales europeos, dotó a su esquema de revisión de cierta fuerza constitucional, de forma tal que su decisión no devengara intrascendente frente al excesivo formalismo del enfoque deferencial que dichos tribunales habían venido desarrollando.

De tal manera se considera que la actividad de los tribunales nacionales y regionales que se han ocupado del control de la aplicación de las sanciones selectivas del CS, evidencia el temprano ascenso de una comunidad global de tribunales que implica la fuerte interacción de los órganos judiciales involucrados. A través del ejercicio de la modalidad de revisión judicial expresiva, dicha comunidad se ha inmerso en un debate continuo cuyo resultado final, ha sido el control efectivo de las sanciones dimanadas de las resoluciones legislativas del CS. La transformación descrita se desenvuelve dentro de un esquema que puede denominarse como constitucionalismo internacional imperfecto, en cuanto a que no puede esperarse que la revisión judicial emergida sea

completamente asimilable a aquella que se ha desarrollado en las democracias modernas. En este sentido, la descentralización y horizontalidad características del sistema jurídico internacional, aunadas al carácter incipiente de la jerarquía que se atribuye a los DDHH, previenen el desarrollo de esquemas de revisión plenamente efectivos. Por ende, no puede registrarse el proceso descrito únicamente en función del éxito.

De tal manera, es posible identificar jurisprudencia que pone de manifiesto algunas de las deficiencias que deben ser abordadas por los tribunales involucrados. Entre tales, destaca el carácter eminentemente procesal de la revisión indirecta resultante del proceso de revisión judicial expresiva, que se revela incapaz de poner fin a las tribulaciones de los afectados mediante la posibilidad de conseguir una sentencia de carácter absolutorio que únicamente puede obtenerse mediante un juicio celebrado con la totalidad de garantías requeridas en un proceso penal. Se observa, que algunos casos resueltos con posterioridad a *Kadi 2008*, tales como *Kadi 2010* o *PMOI I* reflejan la capacidad de las autoridades europeas para volver a alistar a las personas suprimidas de la lista mediante sentencias anulatorias, en ocasiones, en función de la misma información y pruebas sobre las que originalmente se designaron las sanciones. Otros casos, reflejan la problemática relativa a la falta de posibilidad real de obtener una indemnización ante una sanción erróneamente aplicada. Siendo que, hasta el momento, la anulación de las decisiones por medio de las cuales se deciden las sanciones se ha realizado en razón de omisiones procedimentales “subsanales”, tal posibilidad, se percibe como lejana. Con todo, es mi opinión que la posición de los tribunales involucrados en el proceso de revisión judicial expresiva se ha visto fortalecida, mientras que, por el contrario; la percepción de que las resoluciones legislativas del CS para la lucha contra el terrorismo constituyen una herramienta eficiente y necesaria, se ha ido diluyendo entre las críticas provenientes de los organismos para la protección de los DDHH de la propia ONU, la sociedad civil y, por supuesto, aquellas que representan las sentencias de los tribunales implicados en la revisión judicial expresiva.

Bibliografía

DOCTRINA

1) Obras Generales

- Arellano García, Carlos, *Primer Curso de Derecho Internacional Público*, (Ciudad de México: Editorial Porrúa, 1993).
- Campbell, Tom, *La Justicia. Los Principales Debates Contemporáneos*, (Barcelona: Gedisa Editorial, 2002).
- Cárdenas Gracia, Jaime, *Introducción al Estudio del Derecho*. (Colección Cultura Jurídica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México: México D.F., 2010).
- Conforti, Benedetto, *The Law and Practice of the United Nations*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2000).
- Espósito, Carlos, “El Discreto Ejercicio de la Función Consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el Asunto de Kosovo”, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, Vol. LXIII, n° 1, 2011, pp. 125-147.
- García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, (México D.F: Editorial Porrúa, 2009).
- Hayek, F.A., F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*, Volume 1 Rules and Order, (Londres: Routledge, 1982).
- F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice in Political Economy”: Volume 3 The Political Order of a Free People*, (Londres: Routledge, Gran 1982).
- Kelsen, Hans, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, (Traducción, Lima: Hans Kelsen-Institut & Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM) & Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2002).
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, (Traducción Moisés Nilve, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, Cuarta Edición, Novena Reimpresión, 2009).
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, (Traducción, México: Editorial Porrúa, 2011).

- Pastor Ridruejo, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, (Madrid: Tecnos, 2011).
- Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System. An introduction to the Theory of a Legal System*, Segunda Edición, (Oxford: Oxford University Press, 1980).
- Recasens Siches, Luis, *Introducción al Estudio del Derecho*, (México D.F.: Porrúa, 1997).
- Remiro Brotons, Antonio, et. al., *Derecho Internacional Curso General*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010).
- Shaw, Malcom N., *International Law*, (Nueva York: Cambridge University Press, 2008).
- Seara Vazquez, Modesto, *Derecho Internacional Público*, (México: Editorial Porrúa, 2000).
- Sepúlveda, César, *Derecho Internacional*, (México: Editorial Porrúa, 2006).
- Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, (México, Editorial Porrúa S.A., 1984).
- Von Bernstorff, Jochen & Dunlap, Thomas, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen Believing in Universal Law* (Nueva York: Cambridge University Press, 2010).
- Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, (Nueva York: Cambridge University Press, 1999).
- Zarate, José Humberto, et. al., *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, (México D.F.: McGraw-Hill, 1997).

2) Naciones Unidas

- Bentwich, Norman & Martin, Andrew, *A Commentary on the Charter of the United Nations*, (Nueva York: Routledge & Keagan Paul Ltd., 1969).
- Florian Hoffmann & Mégret, Frédéric, “The UN as a Human Rights Violator? Some Reflections on the United Nations Changing Human Rights Responsibility”, *Human Rights Quarterly* vol. 25 n° 2, (2003), pp. 314-342.
- Frowein, J.A. & Krisch, N., J.A. Frowein & N. Krisch, “Action with Respect to Threats to the Peace, Breaches of the Peace, and Acts of Agression”, en Brunno Simma (editor), *The Charter of the United Nations a Commentary*, (Nueva York: Oxford University Press, 2010).

- Frowein, Jochen Abraham & Krisch Nico, “Article 41”, en Brunno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations A Commentary*, (New York: Oxford University Press, 2010).
- Geiger, Rudolf, “Article 23”, en Brunno Simma (editor), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, (Nueva York: Oxford University Press).
- Goodrich, Leland M., et. al., *Charter of the United Nations Commentary and Documents*, (Nueva York: Columbia University Press, 1969).
- Delbrück, J., “Article 25”, en Brunno Simma (editor), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, (Nueva York: Oxford University Press, 2010).
- Delbrück, Jost, “Article 24”, en Brunno Simma (editor), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, (Nueva York: Oxford University Press, 2010).
- Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas (Comentario teórico-práctico de la Carta)*, (Madrid: Escuela de Funcionarios Internacionales, 1958).
- Malone, M. David, “Security Council”, en Thomas G. Weiss & Sam Daws (editores), “The Oxford Handbook on the United Nations”, (Nueva York: Oxford University Press, 2007).
- Mertus, Julie A., *The United Nations and Human Rights. A guide for a New Era*, (Oxfordshire: Routledge, 2009).
- Schachter, Oscar, “The UN Legal Order: An Overview”, en C. Joyner (ed.), *The United Nations and International Law*, (Washington D.C.: American Society of International Law, 1997).

3) Evolución de los Procesos de Producción Normativa Internacional

- Boyle, Alan, & Chinkin, Christine, *The Making of International Law*, (Nueva York: Oxford University Press 2007).
- Charney, Jonathan I, “Universal International Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 87, n° 4, 1993, pp. 529-551.
- Danilenko, G.M., *Law-Making in the International Community*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers), 1993.
- Del Arenal, Celestino, “Mundialización, Creciente Interdependencia y Globalización en las Relaciones Internacionales”, *Cursos de Derecho*

- Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, pp. 183-268.
- Delbrück, Jost, “Prospects for a “World (Internal) Law”? Legal Developments in a Changing International System”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 9, No.2, 2002, pp. 401-431.
 - Detter, Ingrid, *Law Making by International Organizations*, (Estocolmo: P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1965).
 - Fischer-Lescano, Andreas & Teubner, Gunther, “Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, n° 4, 2004, p. 999-1046.
 - Fox, Hazel, “Peremptory Norms: Is there a Need for New Sources of International Law?”, en Matthew Craven, Malgosia Fitzmaurice & Maria Vogiatzi (eds.), *Time, History and International Law*, (Dordrecht: Martinus Nijhoffs Publishers, 2007).
 - García, Frank J., “Globalization and the Theory of International Law”, *International Legal Theory*, vol. 11, 2005, pp. 9-27.
 - Guzman, Andrew & Meyer, Timothy, “Customary International Law in the 21st Century”, en Russell A. Miller & Rebecca M. Bratspies (eds.), *Progress in International Law*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), pp. 197-217.
 - Hafner, Gerhard, “Codification and Progressive Development of International Law, en: Franza Cede & Lilly Sucharipa-Behrmann (editores), *The United Nations: Law and Practice*, (Dordrecht: Kluwer Law International, 2001).
 - Han, Henry H., *International Legislation by the United Nations Legal Provisions, Practice and Prospects*, (Nueva York: Exposition Press, 1971).
 - Huesa Vinaixa, Rosario, “El Nuevo Alcance de la “Opinio Iuris” en el Derecho Internacional Contemporáneo”, (Tirant Lo Blanch: Valencia, 1991).
 - Koskenniemi, Martti, “International Legislation Today: Limits and Possibilities”, *Wisconsin International Law Journal*, vol. 23, n° 1, 2005, pp. 61-92.
 - Koskenniemi, Martti & Leino, Päivi, “Fragmentation of International Law: Postmodern Anxieties”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, n° 3, 2002, pp. 553-579.

- Livermore, Michael A., “Authority and Legitimacy in Global Governance: Deliberation, Institutional Differentiation and the Codex Alimentarius”, *New York University Law Review*, vol. 81, n° 2, 2006, pp. 766-801.
- McDougal, Myers S. & Reisman, W. Michael, “The Changing Structure of International Law: Unchanging Theory for Inquiry”, *Columbia Law Review*, vol. 65, n° 5, 1965, pp. 810-835.
- Murphy, John F., *The Evolving Dimensions of International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2010).
- Reisman, Michael, “International Lawmaking: A Process of Communication. The Harold D. Lasswell Memorial Lecture”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 75, 1981, pp. 101-120.
- Riggs, Robert E., “The United Nations and the Development of International Law”, *BYU Law Review*, vol. 1985, n° 3, 1984, pp. 411-451.
- Schachter, Oscar, “Recent Trends in International Law Making”, *Australian Yearbook of International Law*, vol. 12, n° 1, 1988-1989, pp. 1-15.
- Segura-Serrano, Antonio, “The Transformation of International Law”, *Jean Monnet Working Paper*, N° 12/09, New York School of Law, 2009, pp. 1-37.
- Sirvent Gutiérrez, Consuelo, “La Unión Europea: Una nueva Visión de los Sistemas Jurídicos Contemporáneos”, *Revista de Posgrado en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México*, vol. 2, n° 3, 2006, pp. 73-95.
- Skubiszewski, Krzysztof, “Enactment of Law by International Organizations”, *British Yearbook of International Law*, vol. 41, 1965-1966, pp. 198-274.
- Stephan, Paul B., “The New International Law- Legitimacy, Accountability, Authority and Freedom in the New Global Order”, *University of Colorado Law Review*, vol. 70, n° 4, 1999, pp. 1555-1588.
- Weil, Prosper, “Towards Relative Normativity in International Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 77, n° 3, 1983, pp. 413-442.
- Yemin, Edward, *Legislative Powers in The United Nations and Specialized Agencies*, (Leiden: A.W. Sijthoff-Leyden, 1969).

4) Consentimiento Estatal como Base Normativa

- Dumberry, Patrick, “Incoherent and Ineffective: The Concept of Persistent Objector Revisited”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, n° 3, 2010, pp. 779-802.
- Fitzmaurice, Malgosia, “Consent to be Bound – Anything New Under the Sun?”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 74, no° 3, 2005, pp. 483-507.
- Guzman, Andrew T., “Against Consent”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 52, n° 4, 2012, pp. 747-790.
- Helfer, Laurence R., “Nonconsensual International Law Making”, *University of Illinois Law Review*, vol. 2008, N° 1, 2007, pp. 71-126.
- Hollis, Duncan B, “Why State Consent Still Matters- Non State Actors, Treaties and the Changing Sources of International Law”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 23. n° 1, 2005, pp. 137-174.
- Lau, Holding, “Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 6, n°. 1, 2005, pp. 495-510.
- Koskeniemi, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, (Nueva York: Cambridge University Press, 2005).
- Krisch, Nico, “The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods”, *The American Journal of International Law*, vol. 108, n° 1, 2014, pp. 1-40.
- Pagliari, Arturo, “El Derecho Internacional Público, Funciones, Fuentes, Cumplimiento y la Voluntad de los Estados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IV, 2004, pp. 457-473.

5) Soberanía y el Estado Nación

- Anand, R.P., *Sovereign Equality of States and International Law*, (Delhi: Hope India Publications, 2008).
- Held, David, “Law of States, Law of Peoples: Three Models of Sovereignty”, *Legal Theory*, vol. 8, no° 1, 2002, pp. 1-44.

- Lauterpacht, Eli, “Sovereignty-Myth or Reality”, *International Affairs*, Royal Institute of International Affairs 1944, vol. 73, no° 1, pp. 137-150.
- Kingsbury, Benedict, “Sovereignty and Inequality”, *European Journal of International Law*, vol. 9, n° 4, 1998, pp. 599-625.
- Raustiala, Kal, “Rethinking the Sovereignty Debate in International Economic Law”, *Journal of International Economic Law*, vol. 6, n° 4, 2003, pp. 841-878.
- Schrijver, Nico, “The Changing Nature of State Sovereignty”, *British Yearbook of International Law*, vol. 70, n° 1, 2000, pp. 65-98.
- Strange, Susan, *The Retreat of the State. The Diffusion of Power in the World Economy*, (Nueva York: Cambridge University Press, 1996).

6) Normas Imperativas de Derecho Internacional

- Christenson, Gordon A., Gordon A. Christenson, “Jus Cogens: Guarding Interests Fundamental to International Society”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 28, n° 3, 1988, pp. 585-648.
- Gómez Robledo, Antonio, *El Ius Cogens Internacional: Estudio Histórico Crítico*, (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México), 2003.

7) El Consejo de Seguridad (General)

- Aznar Gómez, Mariano J., *Responsabilidad Internacional del Estado y Acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, (Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores, 2000).
- Bayley, Sydney B., *The Procedure of the UN Security Council*, (Oxford: Clarence Press, 1988).
- Boulden, Jane, “The Security Council and Terrorism”, en Vaughan Lowe, *et. al.* (editores), *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*, (Nueva York: Oxford University Press, 2008).
- Cano Linares, María de los Ángeles, *La Actividad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas en Caso de Amenaza a la Paz*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011).

- Cockayne, James & Malone, David M., “The Security Council and the 1991 and 2003 Wars in Iraq”, en Vaughan Lowe *et. al.* (editores), *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*, (Nueva York: Oxford University Press, 2008).
- Cortright, David, *et. al.*, “The Sanctions Era: Themes and Trends in UN Security Council Sanctions since 1990”, en Vaughan Lowe, *et. al.* (editores), *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*, (Nueva York: Oxford University Press, 2008).
- Cronin, Bruce & Hurd, Ian, “Introduction”, en: Bruce Cronin & Ian Hurd (editores), *The UN Security Council and the Politics of International Authority*, (Nueva York: Routledge, 2008).
- Dedring, Juergen, *The United Nations Security Council in the 1990s. Resurgence and Renewal*, (Albany: State University of New York Press, 2008).
- De Wet, Erika, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, (Nueva York: Hart Publishing, 2004), pp. 138-139.
- Greenstock, Jeremy, “The Security Council in the Post-Cold War World”, en Vaughan Lowe *et. al.* (editores), *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*, (Nueva York: Oxford University Press, 2008).
- Halberstam, Daniel & Stein, Eric, “The United Nations, The European Union, and the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order”, *Common Market Law Review*, Vol. 46, 2009, pp. 13-72.
- Kirgis Jr., Frederic L., “The Security Council’s First Fifty Years”, *The American Journal of International Law*, vol. 89, n° 3, 1995, pp. 505-539.
- Krisch, Nico, “The Security Council and the Great Powers”, en Vaughan Lowe *et. al.* (editores), *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*, (Nueva York: Oxford University Press, 2008).
- Luck, Edward C., “A Council for all Seasons: The Creation of the Security Council and its Relevance Today”, en Vaughan Lowe *et. al.* (editores), *The United Nations Security Council and War. The Evolution of Thought and Practice since 1945*, Nueva York: Oxford University Press, 2008.

- Luck, Edward C., *UN Security Council. Practice and Promise*, (Nueva York, Routledge, 2006).
- Manusama, Kenneth, *The United Nations Security Council in the Post-Cold War Era. Applying the Principle of Legality*, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 2006).
- Reinisch, August, “Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions”, *The American Journal of International Law*, Vol. 95, No. 4, 2001, pp. 851-872.
- Sarooshi, Dan, “The United Nations and the Development of Collective Security: The Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers”, (Oxford: Clarendon Press, 1999).
- Schweigman, David, *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter: Legal Limits and the Role of the International Court of Justice*, (La Haya: Kluwer Law International, 2001).
- Teixeira, Pascal, “The Security Council at the Dawn of Twenty-First Century: To what extent is it willing and able to maintain International Peace and Security?”, United Nations Institute for Disarmament Research, Suiza, 2003.
- Voeten, Erik, “Delegation and the Nature of the Security Council Authority”, en: Bruce Cronin & Ian Hurd (editores), *The UN Security Council and the Politics of International Authority*, (Nueva York: Routledge, 2008).

8) El Consejo de Seguridad (Competencias Legislativas)

- De la Serna Galván, Mónica Lourdes, “Interpretation of Article 39 of the UN Charter (Threat to the Peace) by the Security Council. Is the Security Council a Legislator for the Entire International Community?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, 2011, pp. 147-185.
- Duijzentkunst, Bart Smit, “Interpretation of Legislative Security Council Resolutions”, *Utrecht Law Review*, Vol. 4, No. 3, 2008, pp. 188-209.
- Elberling, Björn, “The Ultra Vires Character of Legislative Action by the Security Council”, *International Organizations Law Review*, vol. 2, nº 2, 2005, pp. 337-360.

- Forcese, Craig, “Hegemonic Federalism: The Democratic Implications of the UN Security Council’s “Legislative” Phase”, *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 38, n° 2, 2007, pp. 175-198.
- Happold, Matthew, “Security Council Resolution 1373 and the Constitution of the United Nations”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 16, n° 3, 2003, pp. 593-610.
- Hinojosa Martínez, Luis Miguel, “The Legislative Role of the Security Council in its Fight against Terrorism: Legal, Political and Practical Limits”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, n° 2, 2008, pp. 339-359.
- Joyner, Daniel H., “Non-proliferation Law and the United Nations System: Resolution 1540 and the Limits of the Power of the Security Council”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 20, n° 2, 2007, pp. 489-518.
- Koskeniemi, Martti, “The Police in the Temple. Order, Justice and the UN: A Dialectical View”, *The European Journal of International Law*, vol. 6, no °1, 1995, pp. 325-348.
- Lavalle, Roberto, “A Novel, if Awkward, Excercise in International Law Making: Security Council Resolution 1540 (2004)”, *Netherlands International Law Review*, vol. 51, n° 3, 2004, pp. 411-437.
- Marschik, Axel, “The Security Council as World Legislator? Theory, Practice and Consequences of an Expanding World Power”, *Institute for International Law and Justice*, Working Paper 2005/18, pp. 1-36.
- Ortega, Martín C., *Hacia un Gobierno Mundial. Las Nuevas Funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*, (Salamanca: Editorial Hespérides, 1995).
- Rosand, Eric, “The Security Council As “Global Legislator”: Ultra Vires or Ultra Innovative?”, *Fordham International Law Journal*, vol. 28, n° 3, 2004.
- Schott, Jared, “Chapter VII as Exception: Security Council Action and the Regulative Ideal of Emergency”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 6, N° 1, 2007, pp. 24-80.
- Szasz, Paul, “The Security Council Starts Legislating”, *The American Journal of International Law*, vol. 96, n° 4, 2002, pp. 901-902.
- Talmon, Stefan, “The Security Council as World Legislature”, *The American Journal of International Law*, vol. 99, n° 1 2005, pp. 175-193.

- Torrecuadrada García-Lozano, Soledad, “La Expansión de las Funciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Problemas y Posibles Soluciones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XII, 2012, pp. 365-406.
- Tsagourias, Nicholas, “Security Council Legislation, Article 2(7) of the UN Charter and the Principle of Subsidiarity”, *Adam Smith Research Foundation Working Paper Series 2011:05*, 2011, pp. 1-9.
- Velásquez-Ruiz, Marco Alberto, “In the Name of International Peace and Security: Reflections on the United Nations Security Council’s Legislative Action”, 18 *International Law*, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2011, pp. 13-56.
- Wouters, Jan & Odermatt, Jed, “Quis Custodiet Consilium Securitatis? Reflections on the Law Making Powers of the Security Council”, *Leuven Centre for Global Governance Studies Working Paper No. 109*, Junio de 2013, pp. 1-21.

9) El Consejo de Seguridad (Control de Legalidad)

- Almqvist, Jessica, “A Human Rights Critique of European Judicial Review: Counter-Terrorism Sanctions”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57 n° 2, 2008, pp. 303-331.
- Alvarez, José E., “Judging the Security Council”, *The American Journal of International Law*, vol. 90, n° 1, 1996, pp. 1-39.
- Angehr, Mark, “The International Court of Justice’s Advisory Jurisdiction and the Review of Security Council and General Assembly Resolutions”, *Northwestern University Law Review*, vol. 103, n° 2, 2009, pp. 1007-1036.
- Antón Guardiola, Carmen, “TEDH. Sentencia de 30.06.05, Bosphorus Airways 45036/98 – Derecho Comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 28, 2007, pp. 943-957.
- Aust, Helmut Philipp, “Between Self-Assertion and Deference: European Courts and their Assessment of UN Security Council Resolutions”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VIII, 2008, pp. 51-77.

- Bulterman, Mielle, “Fundamental Rights and the United Nations Financial Sanction Regime: The Kadi and Yusuf Judgments of the Court of First Instance of the European Communities”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n° 3, 2006, p. 753-772.
- Cameron, Iain, “UN Targeted Sanctions, Legal Safeguards and the European Convention on Human Rights”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 72, No. 2, 2003, pp. 159-214.
- Cannizaro, Enzo, “A Machiavellian Moment? The UN Security Council and the Rule of Law”, *International Organizations Law Review*, vol. 3, n° 2, 2006, pp. 189-224.
- Cherneva, Iveta, “The UN Security Council in the Lockerbie Case”, Centro Studi Strategici Carlo de Cristoforis, 2012, pp. 1-34.
- Curtin, Deirdre & Eckes, Christina, “The Kadi Case: Mapping the Boundaries between the Executive and the Judiciary in Europe”, *International Organizations Law Review*, vol. 5, n° 2, pp. 366-367.
- D’Aspremont, Jean & Dopagne, Frédéric, “Kadi: The ECJ’s Reminder of the Elementary Divide Between Legal Orders”, *International Organizations Law Review*, vol. 5, n° 2, 2008, pp. 371-379.
- De Búrca, Gráinne, “The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi”, *Harvard International Law Journal*, vol. 51, n° 1, 2010, pp. 1-49.
- De Sena, Pasquale & Vitucci, Maria Chiara, “The European Courts and the Security Council: Between Dédoublement Fonctionnel and Balancing of Values”, *The European Journal of International Law*, vol. 20, n° 1, 2009, pp. 193-228.
- De Wet, Erika & Nollkaemper, André, “Review of Security Council Decisions by National Courts”, *German Yearbook of International Law*, vol. 45, 2002, pp. 119-145.
- Eeckhout, Piet, “Community Terrorism Listings, Fundamental Rights, and UN Security Council Resolutions. In Search of the Right Fit”, *European Constitutional Law Review*, vol. 3, n° 2, 2007, 183-206.

- Franck, Thomas M., “The “Powers of Appreciation”: Who is the Ultimate Guardian of UN Legality?”, *The American Journal of International Law*, vol. 86, n° 3, 1992, pp. 519-523.
- Franco, Juan Antonio, “Control de Legalidad a los Actos del Consejo de Seguridad: ¿Existe una Vía Jurisdiccional?”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N° 29, 2014, pp. 117-143.
- Gordillo Pérez, Luis I., “Hacia un Progresiva Constitucionalización del Poder Sancionador del Consejo de Seguridad de la ONU”, *Estudios Constitucionales*, Año 10, n° 1, 2012, pp. 201-244.
- Gordon, Jay, “The Sword of Damocles: Revisiting the Question of Whether the United Nations Security Council is Bound by International Law”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 12, n° 2, 2012, pp. 605-645.
- Gowlland-Debbas, Vera, “The Relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case”, *The American Journal of International Law*, vol. 88, n° 4, 1994, pp. 643-677.
- Hilpold, Peter, “EU Law and UN Law in Conflict: The Kadi Case”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 13, n° 1, 2009, pp. 141-182.
- Hinojosa Martínez, Luis Miguel, “Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the Kadi Judgment”, *International Organizations Law Review*, vol. 5, n° 2, 2008, pp. 339-357.
- Hinojosa Martínez, Luis Miguel & Pérez Bernárdez, Carmela, “El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en el Derecho en el Derecho de la Unión Europea y las Sanciones contra Al Qaeda”, en, Mariano J. Aznar Gómez (Coordinador), “Estudios de Derecho Internacional y de Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Hossain, Kamrul, “Legality of the Security Council Action: Does the International Court of Justice Move to Take Up the Challenge of Judicial Review?”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, vol. 5, n° 17, 2009, pp. 133-163.
- Istrefi, Kushtrim, “The Application of Article 103 of the United Nations Charter in the European Courts: The Quest for Regimen Compatibility on Fundamental Rights”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 5, N° 2, Otoño/Invierno/2012/2013, pp. 83-94.

- Kassoti, Eva, “The Front Polisario v. Council Case: The General Court, Völkerrechtsfreundlichkeit and the External Aspect of European Integration (First Part)”, *European Papers*, 23 de marzo de 2017, pp. 1-18.
- Knoll, Bernhard, “Rights Without Remedies: The European Court’s Failure to Close the Human Rights Gap in Kosovo”, *ZaöRV*, vol. 68, 2008, pp. 431-451.
- Kokott, Julianne & Sobotta, Christoph, “The Kadi Case -Constitutional Core Values and International Law- Finding Balance?”, *The European Journal of International Law*, Vol. 23, No. 4, 2012, pp. 1015-1024.
- Kuijper, Pieter-Jan, “Implementation of Binding Security Council Resolutions by the EU/EC”, en: Erika de Wet & André Nollkaemper, (editores), *Review of the Security Council by Member States*, (Oxford/Nueva York: Intersentia, 2003).
- Lavranos, Nikolaos, “UN Sanctions and Judicial Review”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 76, n° 1, 2007, pp. 1-17.
- Ley, Isabelle, “Legal Protection Against the UN-Security Council Between European and International Law: A Kafkaesque Situation?”, *Report on the Fall Conference of the Graduate Program “Multi-level Constitutionalism (Verfassung jenseits des Staates)” in Berlin, 8 December 2006*, Berlín, 2007, pp. 279-293.
- Martenczuck, Bernd, “The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?”, *The European Journal of International Law*, vol. 10, n° 3, 1999, pp. 517-547.
- Messineo, Francesco, “Things Could Only get Better: Al-Jedda Beyond Behrami”, *Military Law and the Law of War Review*, Vol. 50, No. 3-4, 2011, pp. 321-346.
- Michaelsen, Christopher, “Kadi and Al-Baraakat v Council of the European Union and Commission of the European Communities. The incompatibility of the United Nations Security Council’s 1267 Sanctions Regimen with European Due Process Guarantees”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 10, No. 1, 2009, pp. 329-345.
- Milanovic, Marko & Papić, Tatjana, “As Bad as it Gets: The European Court of Human Rights’ Decision and General International Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 59, N° 2, pp. 267-296.

- Orakhelashvili, Alexander, “The Acts of the Security Council: Meaning and Standards of Review”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 11, n° 1, 2007, pp. 143-195.
- Peihani, Mazar, “From Kadi to Bank Mellat: Iran Sanctions and the Revival of the Due Process Dilemma”, *Harvard International Law Journal*, vol. 57, n°2, pp. 45-58.
- Pozo Serrano, Pilar, “La Corte Internacional de Justicia y las Competencias del Consejo de Seguridad en el Ámbito del Mantenimiento de la Paz y Seguridad Internacionales”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XIV, n° 14, 1998, pp. 417-542.
- Reinisch, August, “Should Judges Second-Guess the UN Security Council?”, *International Organizations Law Review*, vol. 6, no° 1, 2009, pp. 257-291.
- Santos Vara, Juan, “El Control Judicial de la Ejecución de las Sanciones Antiterroristas del Consejo de Seguridad en la Unión Europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 15, 2008, pp. 1-23.
- Shirlow, Esme, “Taking Stock: Assessing the Implications of the Kadi Saga for International Law and the Law of the European Union”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 15, No. 1, 2014, pp. 1-26.
- Slaughter, Anne Marie, “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, vol. 4, n° 1, 2003, pp. 191-219.
- Torrecuadrada García Lozano, Soledad, “El Control de Legalidad de las Decisiones del Consejo de Seguridad”, *Agenda Internacional*, Año XVII, No. 28, 2010, pp. 103-131.
- Tridimas, Takis & Gutierrez-Fons, José A., “EU Law, International Law, and Economic Sanctions Against Terrorism: The Judiciary in Distress?”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 32, No. 2, 2008, pp. 660-730.
- Tzanakopoulos, Antonios, *Disobeying the Security Council Countermeasures against Wrongful Sanctions* (Oxford: Oxford University Press, 2011).
- Van Den Herik, Larissa, “The Security Council’s Targeted Sanctions Regimes: In Need of Better Protection for the Individual”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 20, No. 4, 2007, pp. 797-807.

- Winkler, Matteo M., “When Legal Systems Colide: The Judicial Review of Freezing Measures in the Fight Against International Terrorism”, *Student Scholarship Papers*, 2007.

10) El Consejo de Seguridad (Lucha contra el Terrorismo)

- Alvarez Jose, E., “The Security Council’s War on Terrorism: Problems and Policy Options”, en: Erika de Wet & André Nollkaemper, (editores), *Review of the Security Council by Member States*, Intersentia, Oxford/Nueva York, 2003.
- Bianchi, Andrea, “Assesing the Effectiveness of the UN Security Council’s Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion”, *The European Journal of International Law*, vol. 17, n° 5, 2006, pp. 819-919.
- Biersteker, Thomas J. & Eckert, Sue. E., “Introduction” en “Strengthening Targeted Sanctions through Fair and Clear Procedures”, Informe Blanco preparado por el Watson Institute Targeted Sanctions Project de la Universidad de Brown, 2006.
- Cramér, Per, “Recent Swedish Experiences with Targeted UN Sanctions: The Erosion of Trust in the Security Council”, en: Erika de Wet & André Nollkaemper, (editores), *Review of the Security Council by Member States*, (Oxford/Nueva York: Intersentia, 2003).
- Fitzpatrick, Joan, “Speaking Law to Power: The War Against Terrorism and Human Rights”, *The European Journal of International Law*, vol. 14, n° 2, 2003, pp. 241-264.
- Gallo Cobián, Virginia, et. al., “Las Sanciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y lo Derechos Humanos. Relaciones Peligrosas”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 143-186.
- Hudson, Andrew, “Not a Great Asset: The UN Security Council’s Counter-Terrorism Regime: Violating Human Rights”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 5, no. 2, 2007, pp. 208-210.
- Van Sliedregt, Elies & Van Den Herik, Larissa, “Introduction: the SLT Interlocutory Decision on the Definition of Terrorism- Judicial Ingenuity or Radicalism?”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 24, n° 3, 2011, pp. 651-654.

- Van Den Herik, Larissa & Schrijver, Nico, “Human Rights Concerns in Current Targeted Sanctions Regime from the perspective of International and European Law”, en “Strengthening Targeted Sanctions through Fair and Clear Procedures”, Informe Blanco preparado por el Watson Institute Targeted Sanctions Project de la Universidad de Brown, 2006.

11) Constitucionalismo Internacional

- Arangio-Ruiz, Gaetano, “The “Federal Analogy” and UN Charter Interpretation: A crucial Issue”, *European Journal of International Law*, vol. 8, no. 1, 1997, pp. 1-28.
- Bolton, John R., “Should we take Global Governance Seriously?”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 1, n° 2, 2000, pp. 205-221.
- De Wet, Erika, “The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n° 3, 2006, pp. 611-632.
- De Wet, Erika, “The International Constitutional Order”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, n° 1, 2006, pp. 51-76.
- Doyle, Michael W., “The UN Charter – A Global Constitution?”, en: Jeffrey L. Dunnoff & Joel P. Trachtman (editores), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, (Nueva York: Cambridge University Press, 2009).
- Dupuy, Pierre-Marie, “The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 1, 1997, pp. 1-33.
- Fassbender, Bardo, *The United Nations as the Constitution of the International Community*, (Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009).
- Habermas, Jürgen, “The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for a World Society”, *Constellations*, vol. 15, N° 4, 2008, pp. 444-455.
- Kadelbach, Stefan & Kleinlein, Thomas, “International Law – a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles”, *German Yearbook of International Law*, vol. 50, 2007, pp. 1-39.

- Klabbers, Jan, "Constitutionalism Lite", *International Organizations Law Review*, vol. 1, n° 1, 2004, pp. 31-58.
- Klabbers, Jan, "Constitutionalism and the Making of International Law: Fuller's Procedural Natural Law", *No Foundations - An Interdisciplinary Journal of Law and Justice*, N° 5, 2008, pp. 84-112.
- Koskenniemi, Martti, "International Law in Europe: Between Tradition and Renewal", *The European Journal of International Law*, vol. 16, N° 1, 2005, pp. 113-124.
- Kumm, Mattias, "The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework Analysis", *The European Journal of International Law*, vol. 15, n° 4, 2004, pp. 907-931.
- Onuf, Nicholas, "The Constitution of the International Society", *The European Journal of International Law*, vol. 5, n° 1, 1994, pp. 1-19.
- Peters, Anne, "Bienes jurídicos globales en un orden mundial constitucionalizado", en: Carlos Espósito/Francisco J. Garcimartín Alférez (eds.), *La protección de bienes jurídicos globales, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 16* (Madrid: Universidad Autónoma/Boletín Oficial del Estado 2012), pp. 75-90.
- Peters, Anne, "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures", *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n°3 2006, pp. 579-610.
- Peters, Anne, "Global Constitutionalism Revisited", en Mortimer N.S. Sellers (editor), "International Legal Theory: Why Obey International Law?", *American Society of International Law Proceedings?*, vol. 11, 2005, pp. 39-66.
- Reisman, Michael, "The Constitutional Crisis in the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 87, n° 1, 1993, pp. 83-100.
- Rosenfeld, Michel, "Is Global Constitutionalism Meaningful or Desirable?", *The European Journal of International Law*, vol. 25, n° 1, 2014, pp. 177-199.
- Ruiz Valerio, José Fabián, "¿Hacia un Nuevo Modelo de Estado de Derecho Internacional? El Estado de Derecho Internacional en la Visión de Luigi Ferrajoli", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XI, 2009, pp. 119-146.

- Shaffer, Gregory, “International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World”, *The European Journal of International Law*, vol. 23, n°. 3, 2012, pp. 669-693.
- Walker, Neil, “Making a World of Difference? Habermas, Cosmopolitanism and the Constitutionalization of International Law”, *European University Institute Working Paper Law*, N° 2005/17, Department of Law, Italia, 2005, pp. 1-12.
- Young, Ernest A., “The Trouble with Global Constitutionalism”, *Texas International Law Journal*, vol. 38, n° 3, 2003, pp. 527-545.

12) Derecho Administrativo Global

- Chimni, B.S., “Co-Option and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law”, *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 37, n° 4, 2005, pp. 799-827.
- Kingsbury, Benedict, *et. al.*, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, n° 15, pp. 15-61.
- Krisch, Nico, “Global Administrative Law and the Constitutional Ambition”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, London School of Economics and Political Science, Law Department, 2009, pp. 1-22.
- Krisch, Nico, “The Pluralism of Global Administrative Law”, *The European Journal of International Law*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 247-278.
- Marks, Susan, “Naming Global Administrative Law”, *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 37, n° 4, 2005, pp. 995-1001.

13) Derecho Internacional Hegemónico

- Alvarez, José E., “Contemporary International Law: An 'Empire of Law' or the 'Law of Empire'”, *American University International Law Review*, vol. 4, n° 5, 2009, pp. 811-842.
- Alvarez, José E., José E. Alvarez, “Hegemonic International Law Revisited”, *The American Journal of International Law*, Vol. 97, 2003, pp. 873-888.
- Chimni, B.S., “International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making”, *European Journal of International Law*, vol. 15 no.1, 2004, pp. 1-37.

- Koskeniemi, Martti, “International Law and Hegemony: A Reconfiguration”, *Cambridge Review of International Affairs*, vol 17, n° 2, 2004, pp. 1-26.

14) Organizaciones Internacionales

- Alvarez, José E., *International Organizations as Law-makers*, (Nueva York: Oxford University Press, 2005).
- Amerasinghe, C.F., *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, (Nueva York: Cambridge University Press, 2005).
- Brölmann, Catherine, *The Institutional Veil in Public International Law: International Organizations and the Law of Treaties*, (Nueva York: Hart Publishing, 2007).
- Canedo Arrillaga, José Ramón & Gordillo Pérez, Luis I., “Los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la Espera de Lisboa”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, N° 39, 2008, Bilbao, pp. 27-59.
- Chalmers, Daniel, *et. al.*, “European Union Law”, (Nueva York: Cambridge University Press, 2010).
- De Areilza Carbajal, Jose M., “El Principio de Subsidiariedad en la Construcción de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 15., n° 45, Septiembre-Diciembre 1995, pp. 53-93.
- Gallo Cobián, Virginia, “El Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales adoptado por la Comisión de Derecho Internacional: Principales Conclusiones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XIV, 2014, pp. 25-27.
- Hathaway, Oona A., “International Delegation and State Sovereignty”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 17, n° 1, 2008, pp. 115-149.
- Klabbers, Jan, *An Introduction to International Institutional Law*, (Nueva York: Cambridge University Press, 2002).
- Klabbers, Jan, “The Paradox of International Institutional Law”, *International Organizations Law Review*, vol. 5, n° 1, 2008, pp. 1-23.
- Merget, Frederic & Hoffman, Florian, “The UN as a Human Rights Violator? Some Reflections on the United Nations Changing Human Rights Responsibilities”, *Human Rights Quarterly*, vol. 25, n° 2, 2003, pp. 314-342.

- Osieke, Ebere, “The Legal Validity of Ultra Vires Decisions of International Organizations”, *The American Journal of International Law*, vol. 77, n° 2, 1983, pp. 239-256.
- Reinisch, August, “Securing the Accountability of International Organizations”, *Global Governance*, vol. 7, n° 2, 2001, pp. 131-149.
- Wilde, Ralph, “*Quis Custodiet Ipso Custodes?*: Why and How UNHCR Governance of “Development” Refugee Camps Should be Subject to International Human Rights Law”, *Yale Human Rights and Development Journal*, vol. 1, n° 1, 1998, pp. 107-128.
- Schermers, Henry H. & Blokker, Niels M., *International Institutional Law: Unity within Diversity*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003).
- Von Bogdandy, Armin, *et. al.*, “Developing the Publicness of Public International Law. Towards a Legal Framework for Global Governance Activities”, en: Armin von Bogdandy, *et. al.* (editores), *The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law*, (Londres/Nueva York: Springer, 2010).

15) Fuentes Digitales

- Alex Tinsley, “Echoes of Kadi: Reforms to International Remedies at INTERPOL”, EJIL Talk: Blog of the European Journal of International Law, enero de 2017, disponible en <https://www.ejiltalk.org/echoes-of-kadi-reforms-to-internal-remedies-at-interpol/>.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Órganos Subsidiarios, “Punto Focal para la Supresión de Nombres de la Lista de Sanciones”, <https://www.un.org/sc/suborg/es/sanctions/delisting>.
- Las Naciones Unidas, <http://www.un.org/es/aboutun/>, recuperado el 3 de mayo de 2013.
- Parlamento del Reino Unido, “The Legality of EU Sanctions”, www.parliament.uk, 2017, disponible en <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/lddeucom/102/10203.htm>

- Peter Baker, *et. al.*, “Bin Laden is Dead, Obama Says”, *The New York Times*, EEUU, 1 de mayo de 2011, disponible en http://www.nytimes.com/2011/05/02/world/asia/osama-bin-laden-is-killed.html?_r=0.
- Stian Øby Johansen, “EU law and the ECHR: the Bosphorus presumption is still alive and kicking - the case of Avotiņš v. Latvia”, *EU Law and Analysis*, 24 de mayo de 2016, disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.mx/2016/05/eu-law-and-echr-bosphorus-presumption.html>.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNALES INTERNACIONALES

1) Corte Permanente de Justicia Internacional

- Competencia de la Organización Internacional del Trabajo para Regular Incidentalmente el Trabajo Personal del Empleador, Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie B-No. 13, Julio 23 de 1926.
- *Asunto Lotus*, Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Serie A- No. 10, 7 de septiembre de 1927.

2) Corte Internacional de Justicia

- Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949.
- “Corfu Channel case”, Judgment of April 9th, 1949: I.C.J. Reports 1949.
- “International Status of South-West Africa, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950, p. 128.
- “Anglo-Iranian Oil Co. Case (jurisdiction)”, Judgment of July 22nd, 1952: I.C.J. Reports 1952.
- Effect of Awards of Compensation made by the U.N. Administrative Tribunal, Advisory Opinion of July 13th. 1954: I.C.J Reports 1954.

- “Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization”, Advisory Opinion of 8 June 1960: I.C.J. Reports 1960.
- "Certain expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)", Advisory Opinion of 20 July 1962: I.C. J. Reports 1962.
- Corte Internacional de Justicia, *Caso Relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.* (Bélgica c España), *ICJ Reports* 1970.
- “Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (Southwest Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)”, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971.
- Aegean Sea Continental Shelf, Sentencia de la CIJ, I.C.J. Reports 1978.
- Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v Iran)”, Provisional Measures, Order of 15 December 1979, I.C.J. Reports 1979.
- “Oral Arguments on the Request for the Indication of Provisional Measures”, Minutes of the Public Sitzings held at the Peace Palace, The Hague, on 10 December and on 15 December 1979, President Sir Humphrey Waldock presiding.
- “United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgement, I.C.J., Reports 1980.
- Asunto sobre las Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y en Contra de Nicaragua (Nicaragua c. United States of America). Méritos, Sentencia C.I.J. Reportes 1986.
- “Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie (Lybian Arab Jamahiriya v. United States of America)”, Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992.
- “Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crimer of Genocide”, Provisional Measures, Order of 8 April 1993, I.C.J. Reports 1993.
- *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión Consultiva, 8 de julio de 1996, ICJ Reports 1996.
- Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of

the Crime of Genocide (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia), Preliminary Objections (Yugoslavia c. Bosnia and Herzegovina), Judgment, I.C.J. Reports, 3 de febrero de 2003.

- “Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)”, Judgment, I.C.J. Reports 2007.

TRIBUNALES INTERNACIONALES ESPECIALIZADOS

1) Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

- IT-94-AR72, Prosecutor v Dusko Tadić a/k/a/ “Dule”, ICTY Appeals Chamber, Interlocutory Judgment on Jurisdiction of 2 October 1995.

TRIBUNALES INTERNACIONALES REGIONALES

1) Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Asunto 26/62, Van Gend en Loos c. Nederlandse Administratie der Belastingen, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia del 5 de febrero 1963.
- Asunto 6/64, Costa/ENEL, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia del 15 de julio de 1964.
- International Fruit Company y Otros, asuntos acumulados 21/72, 22/72, 23/72 y 24/72, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 12 de diciembre de 1972.
- Aden y Otros c. Consejo y Comisión, Asunto No. T-306/01 R, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, 7 de mayo de 2002, Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia.
- Asunto T-306/01, Yusuf y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión, Sentencia del 21 de septiembre de 2005.
- Ayadi c. Consejo, Asunto T-253/02, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Segunda Sala), Sentencia de 12 de julio de 2006.

- Hassan c. Consejo, Asunto T-49/04, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Segunda Sala), Sentencia de 12 de julio de 2006.
- Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Consejo de la Unión Europea, Asunto No. T-228/02, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Segunda Sala), Sentencia de 12 de diciembre de 2006.
- Gestora Pro Amnistía y Otros c. Consejo de la Unión Europea, Asunto No. C-354/04 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia de 27 de febrero de 2007.
- Stichsting Al-Aqsa c. Consejo de la Unión Europea, Asunto T-327/03, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Sala Segunda), Sentencia del 11 de julio de 2007.
- Möllendorf, asunto C-117/06, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), Sentencia del 11 de octubre de 2007.
- Kongra-Gel c. Consejo de la Unión Europea, Asunto T/253/04, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Sala Séptima), Sentencia del 3 de abril de 2008.
- Osman Ocalan en nombre de Kurdistan's Worker Party (PKK) c. Consejo, Asunto T-229/02, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Sala Séptima), Sentencia del 3 de abril de 2008.
- Segi y Otros c. Consejo de la Unión Europea, Asunto No. C-355/04 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia de 27 de febrero de 2007.
- Intertanko y Otros, Asunto No. C-308/06, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia de 3 de junio de 2008.
- Kadi & Al Barakat International Foundation c. Consejo, asuntos acumulados C 402/05 P y C 415/05 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 3 de septiembre de 2008.
- People's Mojahedin Organization of Iran c. Consejo, asunto T-256/07, Tribunal de Primera instancia de la Unión Europea, Sentencia del 23 de octubre de 2008.
- Othman c. Consejo, asunto T-318/01, Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (Sala Séptima), Sentencia del 11 de junio de 2009.
- Hassan & Ayadi c. Consejo, asuntos acumulados C-399/06 P & C-403/06 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), Sentencia del 3 de diciembre de 2009.

- M. y Otras contra HMT, asunto C-340/08, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Cuarta Sala), Sentencia del 29 de abril de 2010.
- Procedimientos Penales en Contra de E, asunto C-550/09, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 29 de junio de 2010.
- Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea, asunto T 85/09, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Séptima), Sentencia del 30 de septiembre de 2010.
- Alemania contra B, asuntos acumulados C 57/09 y C 101/09, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 9 de noviembre de 2010.
- Bank Mellat c. Consejo, asunto T-496/10, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Cuarta), Sentencia del 29 de enero de 2013.
- Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea, asuntos acumulados C 584/10 P, C 593/10 P y C 595/10 P, Tribunal General de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 18 de julio de 2013.
- Yusef c. Comisión, asunto no. T-306/10, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Segunda), Sentencia del 21 de marzo de 2014.
- Abdulrahim c. Consejo y Comisión, Asunto T-127/09 RENV, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Tercera), Sentencia del 14 de enero de 2015.
- Bank Mellat c. Consejo, asunto C-173/13 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta), Sentencia del 18 de febrero de 2016.
- Bank Melli c. Consejo, asunto C-548/09 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia del 16 de noviembre de 2011.
- Mohammed Al-Ghabra, asunto no. T-248/13, Tribunal General de la Unión Europea (Sala Tercera), Sentencia del 13 de diciembre de 2016.

2) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Eckle c. Alemania, TEDH (1982), Serie A, No. 51, 5 EHRR (1983).
- Foti y otros c. Italia, TEDH (1982), Serie A, No. 56, 5 EHRR (1983).
- *Hornsby c. Grecia*, 19 marzo 1997, § 40, *Reporte de Sentencias y Decisiones* 1997-II.
- Waite & Kennedy c. Alemania, Asunto no. 26083/91, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia del 18 de febrero de 1999.

- Banković y Otros c. Bélgica y Otros, No. 52207/99, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 12 de diciembre de 2001, Decisión (admisibilidad).
- *Bosphorus Hava Yollari Turzim ve Ticaret Aonim Sirketti c Irlanda (Bosphorus Airways)* (Gran Sala), No. 45036/98, TEDH 2005.
- Behrami y Behrami c. Francia, No. 71412/01 y Saramati c. Francia, Alemania y Noruega, No. 781166/01, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2 de mayo de 2007, Decisión (Admisibilidad).
- Džsan BeriĆ y Otros c Bosnia Herzegovina, nos. 36357/04, 36360/04, 38346/04, 41705/04, 45190/04, 45578/04, 45579/04, 45580/04, 91/05, 97/05, 100/05, 101/05, 1121/05, 1123/05, 1125/05, 1129/05, 1132/05, 1133/05, 1169/05, 1172/05, 1175/05, 1177/05, 1180/05, 1185/05, 20793/05 y 25496/05, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 16 de octubre de 2007, Decisión (Admisibilidad).
- Al-Jedda c. Reino Unido, No. 27021/2008, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia del 7 de julio de 2011.
- Nada c. Suiza, No. 10593/08, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia del 12 de septiembre de 2012.
- Avotinš c. Letonia (Gran Sala), No. 17502/07, TEDH, 23 de mayo de 2016.
- Al Dulimi y Montana Magement Inc. c. Suiza, No. 5809/08, Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia del 21 de junio de 2016.

ORGANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN PARA LOS DERECHOS HUMANOS

1) Comité para los Derechos Humanos de Naciones Unidas

- Nabil Sayadi and Patricia Vinck c. Bélgica, Observaciones del Comité para los Derechos Humanos bajo el artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Opcional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, CCPR/C/94/D/1472/2006, 29 de diciembre de 2008.

TRIBUNALES DOMÉSTICOS

1) Suprema Corte de los Estados Unidos de América

- “Marbury v. Madison”, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

2) Tribunal Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Norte de Ohio

- Caso 3.08c v 02400.

3) Cámara de los Lores (Reino Unido)

- Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause R (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent), SESSION 2007–08 [2007] UKHL 58, on appeal from: [2006] EWCA Civ 327, House of Lords, 12 de diciembre de 2007.
- Her Majesty’s Treasury (Respondent) v. Mohammed Jabar Ahmed and Others (FC) Appellants, Her Majesty’s Treasury (Respondent) v. Mohammed Al-Ghabra (Appellant) R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef) (Respondent) v. Her Majesty’s Treasury (Appellant), [2010] UKSC 2, On appeal from: [2008] EWCA Civ 1187.
- Her Majesty’s Treasury (Respondent) v Mohammed Jabar Ahmed and Others (Appellants), Her Majesty’s Treasury (Respondent) v Mohammed al-Ghabra (Appellant) and R (on the application of Hani el Sayed Sabaei Youssef) (Respondent) v Her Majesty’s Treasury (Appellant) [2010] UKSC 2 & [2010] UKSC 5.

4) Corte Federal Suiza

- Nada, Youssef gegen SECO, Staatssekretariat für Wirtschaft (14.11.2007). Sentencia de la Corte Federal Suiza (BG 133 II 450).

5) Tribunal Constitucional Alemán

- *Internationale Handelsgesellschaft v Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel* [1974] 2 CMLR 540.
- Decisión de la Bundesverfassungsgericht de 22 de octubre 1986, Wünsche Handelsgesellschaft (Solange II) [1987] 3 CMLR 225.

6) Corte Federal de Canada

- Abdelrazik v The Minister of Foreign Affairs [2009] FC.

RESOLUCIONES ORGANISMOS INTERNACIONALES

1) Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

- Resolución 161 (1961) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 21 de febrero de 1961.
- Resolución 221 (1966) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 9 de abril de 1966.
- Resolución 232 (1966) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 16 de diciembre de 1966.
- Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad de ONU, de fecha 30 de enero de 1970.
- Resolución 290 (1970) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 30 de enero de 1970.
- Resolución 284 (1970) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 29 de julio de 1970.
- Resolución 286 de 1970 del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 9 de septiembre de 1970.
- Resolución 418 (1977) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 4 de noviembre de 1977.
- Resolución 457 (1979) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 4 de diciembre de 1979.

- Resolución 461 (1979) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 31 de diciembre de 1979.
- Resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 3 de abril de 1991.
- Resolución 731 (1992) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 21 de enero de 1992.
- Resolución 748 (1992) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 31 de marzo de 1992.
- Resolución 820 (1993) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 17 de abril de 1993.
- Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 25 de mayo de 1993.
- Resolución 955 de 1994 del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 8 de noviembre de 1994.
- Resolución 1031 (1995) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 21 de diciembre de 1995.
- Resolución 1044 (1996) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 31 de enero de 1996.
- Resolución 1054 (1996) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 26 de abril de 1996.
- Resolución 1214 (1998) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 8 de diciembre de 1998.
- Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 10 de junio de 1999
- Resolución 1267 (1999) del Consejo de Seguridad de la ONU, de 15 de octubre de 1999.
- Resolución 1269 (1999) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 19 de octubre de 1999.
- Resolución 1333 (2000) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 19 de diciembre de 2000.
- Resolución 1363 (2001) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 30 de julio de 2001.

- Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 28 de septiembre de 2001.
- Resolución 1390 (2002) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 28 de enero de 2002.
- Resolución 1422 (2002) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 25 de noviembre de 2002.
- Resolución 1452 (2002) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 8 de diciembre de 2002.
- Resolución 1456 del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 20 de enero de 2003.
- Resolución 1483 (2003) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 22 de mayo de 2003.
- Resolución 1487 (2003) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 12 de junio de 2003.
- Resolución 1526 (2004) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 30 de enero de 2004.
- Resolución 1546 (2004) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 8 de junio de 2004.
- Resolución 1540 (2004) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 5 de noviembre de 2004.
- Resolución 1617 (2005) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 29 de julio de 2005
- Resolución 1624 (2005) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 14 de septiembre de 2005.
- Resolución 1730 (2006) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 19 de diciembre de 2006.
- Resolución 1735 (2006) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 22 de diciembre de 2006.
- Resolución 1822 (2008) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 30 de junio de 2008.
- Resolución 1844 (2008) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 20 de noviembre de 2008.

- Resolución 1904 (2009) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 17 de diciembre de 2009.
- Resolución 1929 (2010) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 9 de junio de 2010.
- Resolución 1988 (2011) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 17 de junio de 2011
- Resolución 1989 (2011) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 17 de junio de 2011.
- Resolución 2083 (2012) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 17 de diciembre de 2012.
- Resolución 2133 (2014) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 27 de enero de 2014.
- Resolución 2161 (2014) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 17 de junio de 2014.
- Resolución 2170 (2014) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 15 de agosto de 2014
- Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 24 de septiembre de 2014.
- Resolución 2195 (2014) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 19 de diciembre de 2014.
- Resolución 2199 (2015) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 2 de febrero de 2015.
- Resolución 2199 (2015) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 12 de febrero de 2015.
- Resolución 2214 (2015) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 27 de marzo de 2015.
- Resolución 2249 (2015) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 20 de noviembre de 2015.
- Resolución 2253 (2015) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 18 de diciembre de 2015.
- Resolución 2255 (2015) del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 21 de diciembre de 2015.

2) Estudios sobre la implementación de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad

- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001), Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2008/379, 10 de junio de 2008, pp. 30-31.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Estudio sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001) por parte de los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2009/620, 3 de diciembre de 2009.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Estudio Global sobre la Implementación de la Resolución 1373 (2001) por parte de los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2011/463, 1 de septiembre de 2011.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Análisis preliminar de las principales carencias en la capacidad de los Estados Miembros para aplicar las Resoluciones del Consejo de Seguridad 1373 (2001) y 1624 (2005) que pueden obstaculizar su capacidad para frenar el flujo de combatientes terroristas extranjeros en virtud de la Resolución 2178 (2014), S/2014/807, 12 de noviembre de 2014.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Estudio Mundial sobre la Aplicación de la Resolución 1373 (2001) por los Estados Miembros, Reporte del Comité contra el Terrorismo, S/2016/49, 20 de enero de 2016.

3) Informes del Equipo de Monitoreo del Consejo de Seguridad sobre la implementación de la Resolución 1267 (1999)

- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Primer Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, establecido en virtud la resolución 1526 (2004) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2004/679, 25 de agosto de 2004.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Segundo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones,

establecido en virtud la resolución 1526 (2004) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2005/83, 15 de febrero de 2005.

- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Cuarto Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, establecido en virtud de las resoluciones 1526 (2004) y 1617 (2005) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2006/154, 10 de marzo de 2006.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Quinto Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, establecido en virtud de las resoluciones 1526 (2004) y 1617 (2005) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2006/750, 20 de septiembre de 2006.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Sexto Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, establecido en virtud de las resoluciones 1526 (2004) y 1617 (2005) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2007/132, 8 de marzo de 2007.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Séptimo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, establecido de conformidad con las resoluciones 1617 (2005) y 1735 (2006) del Consejo de Seguridad relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2007/677, 29 de noviembre de 2007.
- Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones presentado en cumplimiento de la resolución 1735 (2006) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas, S/2008/324, 2 de abril de 2008.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Octavo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones presentado en cumplimiento de la Resolución 1735 (2006) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2008/324, 14 de mayo de 2008.

- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Noveno Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones presentado en cumplimiento de la Resolución 1822 (2008) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2009/245, 13 de mayo de 2009.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones presentado de conformidad con la Resolución 1822 (2008) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2009/502, 2 de octubre de 2009.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Primer Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones establecido en virtud de la Resolución 1526 (2004) del Consejo de Seguridad y cuyo mandato fue prorrogado por la resolución 1904 (2009) relativa a Al-Qaida y los talibanes y personas y entidades asociadas”, S/2011/245, 13 de abril de 2011.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Segundo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, presentado de conformidad con la Resolución 1989 (2011) relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2012/729, 1 de octubre de 2012.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Tercer Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, presentado de conformidad con la Resolución 1989 (2011) relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2012/968, 31 de diciembre de 2012.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Cuarto Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 2083 (2012) relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2013/467, 2 de agosto de 2013.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Quinto Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 2083 (2012)

relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2014/41, 23 de enero de 2014.

- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Sexto Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 2161 (2014) relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2014/770, 29 de octubre de 2014.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Séptimo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 2161 (2014) relativa a Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2015/441, 16 de junio de 2015.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Octavo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 2253 (2015) relativa al Estado Islámico en el Iraq y el Levante (Daesh), Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2016/629, 19 de julio de 2016.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Décimo Noveno Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de sanciones, presentado de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 2253 (2015) relativa al Estado Islámico en el Iraq y el Levante (Daesh), Al-Qaida y las personas y entidades asociadas”, S/2017/35, 13 de enero de 2017.

4) Resoluciones de Organismos y Agencias de la ONU

- Resolución 2145 (XXI) de la Asamblea General de la ONU sobre la Cuestión del África Sudoccidental, de fecha 27 de octubre de 1966.
- Asamblea General de las Naciones Unidas, “Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de Conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (A/8082), Resolución 2625 (XXV) de fecha 24 de octubre de 1970.
- United Nations Security Council, Note by the President of the Security Council., S/23500, 31 de enero de 1992, pp. 1-5.

- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Informe presentado por el Secretario General de conformidad con el párrafo 2 de la resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad”, S/25704, 20 de mayo de 1993.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, “Suplemento de la Agenda para la Paz”, Documento ONU A/50/60, 25 de enero de 1995.
- Observación General No. 29, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 4 - Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción, 72º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 215 (2001).
- Resolución Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, “Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, A/Res/56/86, Quincuagésimo Sexto Periodo de Sesiones, 85ª Sesión Plenaria, 12 de diciembre de 2001.
- Véase: 4950ª Sesión del Consejo de Seguridad de la ONU, de fecha 22 de abril de 2004, Documento Oficial de la ONU S/PV.4950
- Carta de fecha 27 de abril de 2004 del Representante Permanente de la India ante la Organización de las Naciones Unidas dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad, Documento Oficial de la ONU S/2004/329 de fecha 28 de abril de 2004.
- Asamblea General de Naciones Unidas, “Estudio Analítico del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional (finalizado por Martti Koskenniemi) sobre la Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional”, Comisión de Derecho Internacional, 58º Periodo de Sesiones, Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, A/CN.4/L.682, 13 de abril de 2006
- Fragmentación del Derecho Internacional: Asamblea General de las Naciones Unidas, “Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional”, Comisión de Derecho Internacional, 58º Periodo de Sesiones, Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006, A/CN.4/L.702, 18 de julio de 2006.

- Observación General No. 32, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32, 23 agosto de 2007.
- Asamblea General de las Naciones Unidas, Cuarto Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Documento Oficial de la ONU A/63/223, 6 de agosto de 2008.
- Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo, “Guía Técnica sobre la Aplicación de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad”, 2009.
- Martin Scheinin, Statement by Martin Scheinin Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while countering Terrorism, 65th Session of the General Assembly, Third Committee Item 69 (b,c), Nueva York, 26 octubre 2010, (A/65/258).
- Resolución Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, “Responsabilidad Internacional de las Organizaciones Internacionales”, A/CN.4/L.778, 63º Periodo de Sesiones, 26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011.
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Documento Final sobre el Examen amplio del Estado de Aplicación de la Resolución 1540 (2004) de 2016, Documento Oficial de la ONU S/2016/1038, 9 de diciembre de 2016, párr., 173-175.